أحمد فتحي بهنسي

موقف الشريعة من نظرية الدفاع الاجتماعي

دار الشروق

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

أساس المسئولية الجنائية :

ثار الخلاف عند بحث فقهاء الغرب لأساس المسئولية الجنائية وذلك تبعا للخلاف الشديد حول تصرفات الإنسان في الحياة وهل هو مخير أم مسيّر ؟

وقد أمكن حصر الآراء المختلفة في العصر الحديث في مذهبين رئيسيين : —

١ — المذهب التقليدي أو المذهب الروحاني .

٢ — المذهب الوضعي أو الواقعي .

أولا : المذهب التقليدي أو الروحاني :

أساس مسئولية الجاني في نظر أصحاب هذا المذهب هو إساءته حرية الاختيار والتصرف ، فأمامه طريق الخير ، وأمامه طريق الشر ، يسلك أيهما يريد ، فإذا سلك طريق الشر وحاد عن طريق الخير وأقدم على الإجرام فقد أخطأ خطأ يوجب مسئوليته الجنائية .

وقد كان أنصار هذا المذهب متأثرين بتعاليم الفيلسوف الكبير « كانت Kant » ونتيجة لهذا المبدأ إذا انعدمت حرية الاختيار لدى شخص ، لجنون

أو صغر ، انتفت مسئوليته ، فلا يمكن إسناد الخطأ إليه ، فلا تنهض قبله المسئولية الجنائية . وعلى نهج القانون الفرنسي الصادر سنة ١٨١٠ — والذي أخذ بهذه النظرية ، سارت معظم التشريعات الجنائية الوضعية في الدول المختلفة .

ثانياً : المذهب الواقعي أو الوضعي :

استهدف مبدأ حرية الاختيار ، وهو أصل المذهب السابق؛ للنقد الشديد وخاصة بعـــد أن ظهرت بحوث « كلود برنارد .... Claude Bernard » في صوغ القوانين على ضوء التجارب والمشاهدات وأصبحت هذه الأفكار تسري في دراسة المشكلات الجنائية على حد سواء مع المشكلات الاقتصادية لاتصالها بما يجري في واقع الحياة . وبذلك نشأ المذهب الجديد ، وهو مذهب الواقع ، وأهم أنصاره العلامة « لمبروزو » و « فري » و « جاروفلو » .

ويرى أصحابه أن المذهب القديم يقوم على فرض وهمي ولذلك فشل في مقاومة الإجرام والمجرمين — ولا بد في البحث عن أساس المسئولية الجنائية من استقراء وقائع الحياة كما جرت وكما تجري للناس .

والجريمة ككل ظاهرة ، ترجع إلى عوامل مختلفة ، متى اجتمعت حملت المجرم حتما على إتيان الجريمة . وهذه العوامل خلقية واجتماعية وطبيعية . فإذا توافرت هذه العوامل لدى شخص فهو مسوق حتما للإجرام . فإذا كان الأمر كذلك فالمجتمع بدوره مسوق حتما للدفاع عن سلامته وأمنه بالعقاب الذي يوقع على المجرم .

فالعقوبة دفاع ضد العاقل المميز ودفاع عن المجنون وما إليه .

فبينما أنصار المذهب القديم يستلزمون الخطأ في جانب الجاني ، فأنصار المذهب الواقعي يكتفون بمجرد صدور الجريمة من الفرد ، فأساس المسئوليـــة الجنائية عند الواقعيين هو الخطورة على المجتمع .

ولقد اتجه كل من هؤلاء « لمبروزو ، فري ، جاروفلو » إلى دراسة ظاهرة

الإجرام من زاوية معينة أو أكثر عن شخصية المجرم، من حيث تكوينه الخلقي أو النفسي أو ظروف بيئته الاقتصادية والصحية والثقافية ، وقد كانت هذه الدراسات البشرية والاجتماعية هي الأساس لما يعرف بعلم الإجرام. وانتهت إلى إرجاع الإجرام إلى أسباب حيوية واجتماعية، وإلى أن المذنب مسير إلى جريمته بلا اختيار تدفعه إليها عوامل شخصية واجتماعية لا يملك لها دفعا ، بل لا يدري أنها تسيّره .

وكانت هذه النتائج هي الأساس الذي أقامت عليه المدرسة الوضعية فلسفتها في مكافحة الجريمة ، وهي فلسفة تنكر أن للمجرم إرادة يختار بها ارتكاب الخطأ ، ومن ثم تنكر أن يعاقب على ما لا يد له فيه ، وتبني سياستها على تدابير الأمان ، فتنادي باستئصال المجرم الخطر أو عزله أو إقصائه ، وحجز المريض نفسيا أو عقليا في معتقل علاجي [1] .

ولذلك يقسم أنصار هذا المذهب المجرمين — تبعا لدرجة خطورتهم ونزعتهم للإجرام — خمسة أقسام : —

١ — المجرم المطبوع — ويلزم إعدامه أو عزله في مكان خاص تحت رقابة شديدة لانقطاع الأمل في إصلاحه .

٢ — والمجرم المجنون — يلزم علاجه في مصحة ولا محل لعقابه أو تعذيبه.

٣ — والمجرم بالعادة — يلزم أن يكون موضع العناية الكبرى حتى يمكن إصلاحه وتقويمه .

٤ — المجرم بالعاطفة — ولا فائدة من عقابه، فيلزم أن يتناسب ذلك العقاب مع ما به من ندم وتوبة . وفي الحكم بوقف تنفيذ العقوبة خير إصلاح له .

٥ — المجرم عرضاً — يلزم العمل على عدم عودته للجريمة بعدم خلطه بباقي المجرمين .

---

(١) انظر ص ٧ المجلة العربية للدفاع الاجتماعي يناير سنة ١٩٦٩ مقالة الأستاذ محمد علي زيد .

ومع ما جاء لهذا المذهب من فضل في لفت النظر لضرورة العناية بالمجرمين وأسباب إجرامهم ، فقد استهدف كسابقه لنقد شديد [1] .

مذاهب أخرى :

قامت مذاهب أخرى توفق بين المذهب التقليدي الذي يفترض حرية الاختيار والمذهب الوضعي الذي لا يعبأ بها .

وأهم المذاهب التي قامت بعد ذلك، مذهب« تارد ... Tarde » فهو يسلم بأن المسئولية الجنائية تقوم على مسئولية الشخص أمام نفسه أي المسئولية الأدبية . ولقيام هذه المسئولية يلزم توافر عاملين رئيسيين :

١ — وحدة الشخصية قبل ارتكاب الجريمة وبعدها ، فلا مسئولية على الجاني إذا تغيرت شخصيته العادية وتحولت إلى شخصية أخرى .

٢ — التماثل الاجتماعي ، فيلزم أن يكون الجاني في مستوى واحد أو متقارب من حيث الرقي الاجتماعي مع البلد الذي يوجد فيه وارتكبت فيه الجريمة ويراد معاقبته فيه .

وقد وجهت أيضا انتقادات وجيهة لهذه النظرية مبعثها عدم انضباط معيار التهييج الذي يغير وحدة الشخصية، علاوة على غرابة معيار التماثل الاجتماعي بين المجرم والمجتمع .

المذهب التوفيقي :

ولم يكن الميدان خاليا تماما أمام المدرسة الوضعية منذ أواخر القرن التاسع عشر لأن هدم هذه المدرسة لفكرة المسئولية الجنائية وإنكارها للقانون العقابي برمته أثار خصومة أنصار المدرسة التقليدية ، كما أثارت إعجابهم في نفس الوقت

(١) انظر صفحة ١٣ وما بعدها من كتاب المسئولية الجنائية للدكتور محمد مصطفى القللي في الآراء المختلفة التي قيلت في فقه هذه المذاهب .

نتائج البحث العلمي والمشاهدة الواقعية التي اتبعتها المدرسة الوضعية في مجال تحديد أسباب الإجرام ، ونظرية التدابير ونظرية التفريد .

فقام ثلاثة من كبار أساتذة القانون الجنائي وهم « فون هامل » الأستاذ بجامعة أمستردام ، و « فون ليست » الأستاذ بجامعة برلين ، و « بران » الأستاذ بجامعة بروكسل ، وأنشئوا الاتحاد الدولي للقانون الجنائي سنة ١٨٨٠ ، وعقد الاتحاد عدة مؤتمرات دولية . وانتهوا بتقرير مذهب يتلخص في عدم التعرض لتلك المعضلة الشائكة ، وهي كون الإنسان مسيراً أم مخيرا . وأن يعنى بالطرق العملية لدرء الشر .

ومن رأي الاتحاد أن العقوبات على اختلاف أنواعها ونظمها يجب أن تكمل بوسائل أخرى هي إجراءات الوقاية ، ويراد بها الإجراءات التي تتخذ مع المجانين لتقويمهم ، وإرسال الصغار إلى الإصلاحيات ، والمعتادين للإجرام إلى الإصلاحيات الخاصة بهم ، وإدخال المدمنين للمخدرات والمسكرات مصحات خاصة .

كما قام الاتحاد الدولي بسلسلة من المؤتمرات الدولية اعتبارا من سنة ١٨٨٩ حتى سنة ١٩١٣ وعبر فيها عن سياسته الجنائية؛ وتنبني هذه السياسة أساسا على التوفيق بين السياستين الكلاسيكية والوضعية كما ذكرنا .

وقد نشأت سنة ١٩٢٤ تحت رعاية كلية الحقوق بجامعة باريس هيئة أخرى بالفكرة نفسها تسمى بالجمعية الدولية للقانون الجنائي ، وجعل مقرها في باريس ، وأنشأت المجلة الدولية للقانون الجنائي لسان حال لها .

وقد بدت الحاجة واضحة بعد الحرب العالمية الثانية إلى الدعوة لسياسة عامة للدفاع الاجتماعي دون الاقتصار على الأخذ بتدابير متناثرة وإلحاقها بنظم غير متناسقة .

ونتيجة لجهود «الكونت جراماتيكا» أنشيء في جنوة بإيطاليا سنة ١٩٤٥ مركز للدراسات الدفاع الاجتماعي ، ونظم المؤتمر الأول للدفاع الاجتماعي في سان ريمو بإيطاليا سنة ١٩٤٧ .وفي سنة١٩٤٨ اتخذت منظمة الأمم المتحدة قرارا

وضعت على عاتقها بمقتضاه مهمة توجيه النشاط في مجال «الوقاية من الجريمة ومعاملة المجرمين» ، وتنفيذاً له نشأت في كنفها هيئة تدعى «قسم الدفاع الاجتماعي» .

وفي المؤتمر الثاني في لييج ببلجيكا سنة ١٩٤٩ شكلت الجمعية الدولية للدفاع الاجتماعي برياسة « الكونت جراماتيكا » كذلك .

وقد عقد بعد ذلك مؤتمران آخران في أنفرس ١٩٥٤ وميلانو ١٩٥٦ .

ورغم تعدد الاتجاهات في حركة الدفاع الاجتماعي الحديث إلا أنها تتفق جميعا في التركيز على مكافحة ظاهرة الإجرام كإفراز اجتماعي عن طريق إزالة أسبابها في البنيان الاجتماعي . وتعتبر ذلك واجبا على الدولة ، وتضع هذا المبدأ على رأس برنامجها للحد الأدنى المعلن عنه عام ١٩٥٤ .

كما أنشأت جامعة الدول العربية « المنظمة الدولية العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة » .

ويجب أن نعلم أن الدفاع الاجتماعي ليس هو مجرد دفاع عن المجتمع كما قد يتبادر إلى الذهن . وليس هو كذلك الدفاع عنه ضد المجرمين خاصة ، بل هو لا يتحدد في الدفاع عن المجتمع ذاته في رأي بعض المحدثين .

وإنما فكرة الدفاع الاجتماعي في تطورها ، وفيما انتهت إليه ، مرتبطة بتطور فلسفة العقاب والعلوم الاجتماعية أو ما يسمى بعلوم الإنسان . كما أن ارتباطها وثيق بالفقه القانوني في الجريمة والعقوبة والإجراءات الجنائية [1] .

---

(١) انظر (ص) ٢٤٦ مجموعة أعمال الحلقة العربية الأولى للدفاع الاجتماعي .
ويقول الدكتور علي راشد في مقاله المنشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثاني ، السنة العاشرة ، يوليو سنة ١٩٦٨ : ليس « للدفاع الاجتماعي » سوى مفهوم واحد ، هو الذي يتردد دائما كلما تعلق الأمر بحماية المجتمع من المجرم أو ظاهرة الإجرام . فهو في أبسط عبارة «السياسة الجنائية الرامية إلى كف شر الجريمة والمجرم عن المجتمع». وتبدأ هذه السياسة بطبيعة الحال من وقت الاعتراف للعقوبة بوظيفة نفعية .

فالدفاع الاجتماعي إذن مفهوم قديم ، قدم العقوبة ذاتها منذ اتخذت وسيلة لاستئصال المجرم أو لإقصائه أو عزله عن المجتمع اتقاء لشره أو لإرهاب الناس وصدهم عن طريق الجريمة ، وذلك فضلا عن وظيفتها الدينية أو الأخلاقية للتكفير عن الذنب أو إرضاء شعور العدالة الإنسانية . (ص ٥٠١) .

الفصل الأول

نظرية الدفاع الاجتماعي في الفقه الغربي

رغم تعدد الاتجاهات في حركة الدفاع الاجتماعي الحديث إلا إنها تتفق جميعا في التركيز على مكافحة ظاهرة الإجرام عن طريق إزالة أسبابها في البنيان الاجتماعي ، وتعتبر ذلك واجبا على الدولة ، وتضع هذا المبدأ على رأس برنامجها للحد الأدنى المعلن عنه عام ١٩٥٤ (١) .

رأي فيليبو جراماتيكا

إلا أن أحد مؤسسي النظرية « الأستاذ فيليبو جراماتيكا » الأستاذ بجامعة جنوة يقرر في صراحة بأن الدفاع الاجتماعي يجب أن يؤخذ على أنه إنكار لحق الجزاء وبالتالي إنكار للجزاء نفسه — وهو ينهض في صورة نظرية قانونية تريد أن تكون « بديلا » للقانون الجنائي لا متكاملة معه .

كما يقول جراماتيكا : إن محور نظرية الدفاع الاجتماعي هو « شخصية المجرم » بجوانبها الاجتماعية والبيولوجية والسيكولوجية . وحيثما لم تعد « مادية الجريمة » هي التي تدفع الفاعل بوصفه مركز الثقل في النظرية القانونية

---

(١) انظر ص ١٠ مقال « نحو مفهوم عربي للدفاع الاجتماعي » للأستاذ محمد علي زيد المنشور في المجلة العربية للدفاع الاجتماعي العدد الأول ١٩٦٩ .

فإنه لا يمكن سؤاله بالنظر إلى فعل الجريمة فقط ، ومعاقبته بسبب ذلك الفعل أو الضرر الناتج عنه .

وهكذا ظهرت ضرورة إلغاء فكرة المسئولية الجنائية المرتبطة بالفعل واستبدل بها فكرة أعم وأقرب إلى الواقع الإنساني والاجتماعي وهي فكرة التكييف الاجتماعي أو مناهضة المجتمع من جانب الفاعل، وأن إلغاء المسئولية الجنائية وإبدالها بالمناهضة الاجتماعية الذاتية يستتبع إلغاء العقوبات (باعتبارها أساسا وسيلة للإرهاب والقصاص) ومعايير تطبيقها، كما يستتبع ظهور إجراءات جديدة للدفاع الاجتماعي وقائية وعلاجية وتربوية، وهكذا نصل إلى تأكيد المبدأ القائل بألا عقوبة بعد الآن لكل جريمة ، بل إجراء يتكيف تبعا لكل فرد[1] .

ففي مجال مكافحة الإجرام يكتفى بسياسة اجتماعية صرف محورها دراسة شخصية كل منحرف اجتماعياً دراسة شاملة على هدى منطويات العلوم التجريبية الحديثة لتحديد أسباب انحرافه وتقرير المعاملة المناسبة له بهدف علاجه أو تقويمه وإعداده للتآلف الاجتماعي ، فلا جريمة إذن ولا مجرم ولا عقاب كما هو الحال عند المدرسة التقليدية، بل لا جبرية ولا انسياق إلى الإجرام، ولا مرضى أو خطرين كما ذهبت المدرسة الوضعية في رسم سياستها الجنائية ، وإنما هو انحراف اجتماعي لا ينبغي أن تهدر بسببه آدمية الإنسان .

ولكن الأستاذ جراماتيكا يظل يحتفظ في مذهبه بذكرى من كل من المدرستين التقليدية والوضعية . فعن المدرسة التقليدية السجونية يأخذ فكرة الاهتمام بشخص المجرم لمحاولة تقويمه وتأهيله اجتماعيا ، وعن المدرسة الوضعية يأخذ فكرة التدابير ونظرية التفريد الملازمة لها كوسيلة لبلوغ تلك الغاية الإنسانية [2] .

وقد وضع جراماتيكا المبادىء الأساسية الآتية لهذه النظرية : ـــ

---

(١) انظر البحث المقدم من البروفيسير جراماتيكا للحلقة العربية الأولى للدفاع الاجتماعي ص ١٩٧ .
(٢) انظر ص ٢٢٠ مجموعة أعمال الحلقة العربية الأولى للدفاع الاجتماعي مقالة الدكتور علي راشد .

١ — يجب على الدولة أن تأخذ على عاتقها القضاء على أسباب قلق الفرد وضيقه بالمجتمع .

٢ — لتحقيق النظام الذي ينشده القانون ، ليس من حق الدولة أن تعاقب بل من واجبها أن تكييف الفرد مع المجتمع .

٣ — وعملية تكييف الفرد مع المجتمع لا ينبغي أن تتم بوساطة « الجزاءات» بل عن طريق إجراءات الدفاع الاجتماعي الوقائية والتربوية والعلاجية .

٤ — يجب أن يتمشى إجراء الدفاع الاجتماعي مع كل فرد ، وفقا لمقتضيات شخصيته « مناهضة المجتمع الذاتية » **وليس بالنسبة « المسئولية » للضرر الناتج « الجريمة »** .

٥ — تبدأ قضية الدفاع الاجتماعي بتقدير طبيعة ودرجة مناهضة الفرد للمجتمع ، وينتهي — قضائيا — باختفاء الحاجة إلى تطبيق الإجراء مثلما ينتهي العلاج بشفاء المريض .

٦ — إن عملية تكييف الفرد مع المجتمع تدخل في إطار أوسع لسياسة الدفاع الاجتماعي .

يقول جراماتيكا :

إن العقوبة اليوم ترتبط بالجريمة . والسلطة التقديرية المتروكة للقضاة لتقدير الفاعل محدودة جدا ، فهي تمارس داخل نطاق الحدين الأقصى والأدنى الموضوعين لكل عقوبة ، وعلى أساس بعض المعايير الواردة في أحكام خاصة من القانون كالظروف المخففة .

« والتفريد » يعتبر في أيامنا مجرد أمنية ومطمح ، وغالبا ما يكون سببا لتقدير الظلم البشري أو عدم تناسب العقوبة [1] .

---

(١) انظر ص ١٩٧ وص ٢٠١ من مجموعة أعمال الحلقة الأولى للدفاع الاجتماعي.

فسياسة الدفاع الاجتماعي عند جراماتيكا لا تعتمد في تحديد وسائل الدفاع الاجتماعي على فكرة حرية الاختيار أو الحتمية بل إنها على العكس من ذلك ، تعتمد على ما لدى الفرد من إمكانات ذاتية للانحراف الاجتماعي للتوصل إلى تقرير عدم اجتماعيته . ولعله من الواضح أن نقطة البداية التي اعتمد عليها جراماتيكا في رسم سياسته الجنائية لتلقي الضوء على المعنى الذاتي لفكرة الأهلية في هذه السياسة الجنائية .

لقد رفض جراماتيكا مبدأ قانون العقوبات مستبدلا فكرة اللا اجتماعية بفكرة الجريمة ، أي أن العبرة لديه هي بالانحراف الاجتماعي لا بالسلوك الإجرامي . ولما كان البحث في حرية الاختيار أو الحتمية هو أمر لصيق الصلة بفكرة السلوك الإجرامي ، فإن رفض هذه الفكرة يستتبع بطبيعة الحال عدم الحاجة إلى الاستعانة بمبدأ الاختيار أو الحتمية [1] .

رأي مارك آنسل

يرفض «مارك آنسل» المستشار بمحكمة النقض الفرنسية فقه البروفيسير جراماتيكا الذي يقوم على إلغاء قانون العقوبات ، ويعتبر أن هذا الفكر المتطرف يعد الخطوة الأولى نحو انتحار نظامنا القانوني الذي يقوم أساسا على حماية حقوق الإنسان .

وقد قدر «مارك آنسل» الدوافع الإنسانية التي حملت جراماتيكا على الثورة ضد عقوبة الإعدام أو أي تدبير استئصالي ، وعلى مبدأ الجبرية الوضعي في تفسير ظاهرة الإجرام ، ذلك المبدأ الذي جر الدول التسلطية إلى إهدار آدمية الإنسان في معسكرات الاعتقال والإبادة . ولكنه من ناحية أخرى لم يقتنع بأن مأساة الانحراف في تطبيق السياسة الجنائية تستدعي المناداة بإلغاء القانون

---

(١) انظر ص ٨٢ من السياسة الجنائية للدكتور أحمد فتحي سرور .

الجنائي جملة وتفصيلا [1] .

وفي نظره أن الدفاع الاجتماعي في اعتماده على قانون العقوبات يرى أن الغرض الأساسي لهذا القانون ليس هو تصحيح الوضع غير الشرعي المترتب على الجريمة .

وأنه يتعين معاملة المجرمين وفقاً لمنهج ايجابي لا سلبي ، وأنه من الضروري انتهاج موقف إيجابي وأكثر فاعلية . فهو ينادي بعدم انتظار حلول الخطر حتى يجابهه، وإنما يتعين مواجهة هذا الخطر ومقاومته حتى يختفي إلى الأبد ، وذلك باتخاذ التدابير التي ترمي إلى تأهيل المجرم اجتماعيا ، واستعادته إلى حظيرة المجتمع بمختلف الوسائل العلاجية والتعليمية [2] .

وتسلم نظرية «مارك آنسل» بمبدأ حرية الاختيار كأساس للمسئولية الجنائية على عكس سابقه الذي لم يؤمن بمبدأ الاختيار أو الحتمية .

وأفكار «مارك آنسل» وإن أبقت على الجزاءات الجنائية إلا أنها تصورت أن هذه الجزاءات ليست مجرد شر مقابل للجريمة التي ارتكبها المجرم ، وإنما هي عمل اجتماعي لحماية المجتمع ضد ما يقع عليه من الأفعال الإجرامية، فهي لا تهدف إلى المعاقبة عن خطأ ما ؛ وإنما إلى حماية المجتمع ضد ما يقع عليه من جرائم [3] .

وعلى ذلك فإن «مارك آنسل» يؤمن بمبادىء ثلاثة لمذهبه « الدفاع الاجتماعي الجديد » :

١ ــ القانونية في التجريم .

٢ ــ الإرادة الحرة للإنسان في المسئولية الجنائية .

٣ ــ العقاب كجزاء على قدر الخطأ .

---

(١) انظر ص ٢٢١ مقالة الدكتور علي راشد في مجموعة أعمال الحلقة الأولى .

(٢) انظر ص ٨٦ السياسة الجنائية للدكتور أحمد فتحي سرور .

(٣) انظر ص ٨٩ السياسة الجنائية للدكتور أحمد فتحي سرور .

ويصف مارك آنسل فكرته بأنها اتجاه نحو سياسة جنائية إنسانية، وهي في حقيقتها لا تعدو أن تكون القانون الجنائي التقليدي مصبوبا في صيغة إنسانية قوامها التركيز مضاعفا على ما سبق أن أوصت به المدرسة الوضعية قبل ثلاثة أرباع القرن ، من ضرورة العناية بفحص المجرم أملا في بلوغ أقصى درجات التفريد في المعاملة الجنائية .

فيكون الجديد عند «مارك آنسل »— إذن— هو إضافة وصف «الإنسانية» إلى هذه المعاملة الجنائية إلى القانون الجنائي التقليدي [١] .

وقد ذكر البعض بأن أسلوب التفريد الذي تعتمد عليه سياسة الدفاع الاجتماعي الجديد سوف يؤدي إلى تحكم القضاة والمساس بالحرية الفردية ، وذلك لأن قيام هذا التفريد على فكرة الخطورة الإجرامية سوف يسمح بإعطاء كل الحرية للقاضي الجنائي في تقدير مدى توافر هذه الخطورة مما يعرض القضاة للتحكم الذي يهدد حرية الفرد .

إلا أن المستشار «مارك آنسل» رد على هذا النقد وغيره في حجج منها :

١ — أن نظرية الدفاع الاجتماعي الجديدة لا ترفض مبدأ العقوبة كجزاء جنائي .

٢ — الردع العام يتحقق بغير العقوبة، فإن حمل المجرم على الحضور أمام سلطات التحقيق والضبط قد يتحقق من ورائه الزجر، وبقدر ما قلّت الثقة بجدوى العقوبة في القضاء على الإجرام في العصر الحديث زادت الثقة في تدابير الدفاع الاجتماعي [٢] .

---

(١) انظر كلمة الدكتور علي راشد ممثل المنظمة الدولية العربية للدفاع الاجتماعي في تقديم الحلقة الثانية للدفاع الاجتماعي التي انعقدت في القاهرة في المدة من ١٠ — ١٣ فبراير سنة ١٩٦٩ .

(٢) في الشريعة الإسلامية : مجرد تكليف الشخص بالمثول أمام القاضي قد يكون فيه الكفاية كجزاء — تعزير — عما ارتكبه من إثم وذلك بالنسبة للعلماء أو ذوي الحيثية.

وهذا ما يعلل إلى حد ما اشتراط العلانية في المحاكمات الجنائية ، ويبرر كذلك ، القول الشائع بأن الخوف من الشرطة هو بداية التبصر .

وأوضح أصحاب هذه الفكرة أن الدفاع الاجتماعي ليس موجها ضد المجرم وإنما تمارس الدولة واجب الدفاع الاجتماعي عن أفراد المجتمع ضد ظاهرة الإجرام وعواملها ، وهي تدافع في هذا عن أفراد المجتمع عامة بما فيهم المجرمون أنفسهم مستبعدة بالتالي فكرة المسئولية الجنائية كأساس للعقاب مؤكدة بأن النزاع النظري حول هذا الأساس وما يرتبط به من خلاف على الاختيار والجبر لا يهمها . وإنما الهدف الأساسي هو تحديد الوسائل التي تؤدي إلى حماية المجتمع من أضرار الجريمة وحماية أفراده من الوقوع فريسة لها سواء كمجني عليهم أو مجرمين؛ وتدابير الأمن هذه هي مجموعة الإجراءات التي ينص عليها القانون ويفوض في اتخاذها هيئات أو سلطات معينة بقصد القضاء على الحالة الإجرامية الخطرة التي تثبت في حق فرد من الأفراد أو بقصد الحيلولة دون التجاء صاحب هذه الحالة إلى ارتكاب الجريمة .
واتخذت تدابير الدفاع الاجتماعي في العالم المعاصر صورا مختلفة منها :

نظام الاختبار القضائي ، إيقاف تنفيذ العقوبة ، رد الاعتبار ، الإفراج تحت شرط ، وقف تنفيذ أثر السابقة الأولى ، السجون المفتوحة ، رعاية المسجونين ، إنشاء المؤسسات الإصلاحية والتربوية [1] .

أما عن الخشية من تحكم القضاة والمساس بالحرية الفردية، فقد رد عليه «مارك آنسل» بأن سياسة الدفاع الاجتماعي الجديد قد جاءت بثورة ضد النظم التسلطية لكي تفرض احترام الشخصية الإنسانية ، وأن الدفاع الاجتماعي الجديد يبدي عنايته بتأكيد مبدأ الشرعية [2] .

وإذا كان جميع أنصار حركة الدفاع الاجتماعي الحديث يرون أن

(١) انظر القسم الثاني من أعمال الحلقة العربية الثانية للدفاع الاجتماعي .

(٢) انظر ص ٩٢ ، ٩٤ السياسة الجنائية للدكتور فتحي سرور .

إجراءات الدفاع الاجتماعي يجب أن يحكمها مبدأ الشرعية بمعنى لا جريمة « أو لا دليل على اللااجتماعية » بغير نص ، ولا عقوبة « أي لا تدبير للدفاع الاجتماعي » بغير نص، إلا أن قلة منهم وعلى رأسهم «جراماتيكا» يجيزون توقيع هذه التدابير في حالات سابقة على الجريمة «الفعل» ما دامت اعتبارات اللااجتماعية ثابتة وفقا للقانون . ويعني هذا أن هؤلاء يرون إمكان تطبيق تدابير الدفاع الاجتماعي بمجرد توافر حالة الخطورة قبل ارتكاب أية جريمة [1] .

كذلك فإن أنصار هذه الحركة يعتبرون ضرورة فحص شخصية المتهم حجر الزاوية في سياسة الدفاع الاجتماعي .

فهذه السياسة لا تستهدف على الإطلاق عقاب الفاعل ، بل إعادة تأهيله اجتماعيا ، ولا يتأتى تحقيق هذا الغرض إلا بمراعاة مختلف العوامل المكونة والمؤثرة على شخصيته .

فتدبير الدفاع الاجتماعي لا يقابل الفعل أو الضرر المترتب عليه ولكن طبيعته ودرجته اللااجتماعية . وهذه تستخلص من اعتبارات شخصية [2] .

وعلى ذلك فقد تغيرت النظرة إلى العقوبة من اعتبارها وسيلة للانتقام بما تسببه من إيلام لمن تطبق عليه، إلى اعتبارها وسيلة لإصلاحه، ومن ناحية أخرى فإن العقوبة لا تنال إلا مجرماً توافرت عناصر المسئولية الجنائية لديه، فلا عقاب على ما يرتكبه الصغير غير المميز أو المجنون أو من سقطت الدعوى الجنائية بالنسبة له بالتقادم .

ولا تقدر العقوبة إلا بمقدار حساب الجريمة ومقدار المسئولية عنها ، فهي لا تقابل الخطورة العالقة بشخص الجاني وإنما تقابل فقط الفعل العارض الذي يكشف عن هذه الخطورة ، ولذلك تظل خطورة الجاني في حاجة إلى إجراء آخر يواجهها .

ولذلك فضّل البعض على العقوبة التدابير الإصلاحية والوقائية المنبعثة من فكرة الدفاع الاجتماعي .

---

(١) انظر صفحة ٨ من أعمال الحلقة العربية الثانية للدفاع الاجتماعي « القسم الثاني » .

(٢) انظر ص ٢٢ من نفس أعمال هذه الحلقة .

برنامج الحد الأدنى للجمعية الدولية للدفاع الاجتماعي

وأمام الاتجاه الذي تزعمه «جراماتيكا»، والتخفيف الذي نادى به «مارك آنسل» في تحديد معنى الدفاع الاجتماعي ، أرادت الجمعية الدولية للدفاع الاجتماعي أن تستقر على برنامج يتضمن حداً أدنى من المبادىء المتفق عليها لتحقيق الدفاع الاجتماعي ، وأن كل موقف يتخذه أحد أعضاء الجمعية خلافا لهذه المبادىء لا يعبر إلا عن رأي صاحبه ولا يلزم الجمعية ولا ينسب إليها .

وينقسم برنامج الحد الأدنى لجمعية الدفاع الاجتماعي إلى أربعة أقسام :

١ ـ المبادىء الأساسية للحركة :

وفي هذا المجال يجب اعتبار الصراع ضد الإجرام إحدى الوظائف البالغة الأهمية التي تقع على عاتق المجتمع .

ويجب أن يلجأ المجتمع في هذا الصراع إلى وسائل مختلفة سواء كانت سابقة على الجريمة أم لاحقة عليها .

ويجب اعتبار القانون الجنائي إحدى الوسائل التي قد يستخدمها المجتمع للتقليل من الإجرام .

ويجب اختيار الوسائل المستعملة لهذا الغرض لا لمجرد حماية المجتمع ضد المجرمين وإنما أيضا لحماية أعضاء المجتمع ضد خطر التردي في الإجرام ، ويجب أن يؤدي المجتمع نشاطه في هذين المجالين ما يسمى بحق الدفاع الاجتماعي.

٢ ـ المبادىء الأساسية للقانون الجنائي :

يجب التسليم بأن الغرض الحقيقي للقانون الجنائي ليس إلا حماية المجتمع وأعضائه ضد الإجرام .

وأن السياسة الجنائية يجب أن تستمد من التقاليد الإنسانية المبنية على الحضارة الحديثة .

ويجب قبل كل شيء أن يحترم القانون الجنائي حقوق الإنسان ، وذلك عن طريق مراعاة كل النصوص المترتبة على الشرعية ومبادىء الحرية . هذا مع اعتبار أن الشرعية أمر لا يجوز مخالفته بوصفها ثمرة التطور التاريخي للمجتمع المتمدين .

٣ ــ نظرية القانون الجنائي :

إن الغرض من القانون الجنائي هو حماية المجتمع وأعضائه ضد الإجرام ولذلك فإن تفسير قواعده مهمة عملية ضرورية، وتقتضي ــ كشأن غيرها من المهام المعقدة ــ دراسة واعية وعلمية للحقيقة .

ويجب اختبار التدبير المختار في مواجهة المجرم في كل حالة أن يكون من أجل إصلاحه وإعادته إلى حظيرة المجتمع . وإذا احتفظنا باسم العقوبة بالنسبة إلى بعض التدابير كالغرامات ، وبعض التدابير الماسة بالحرية ذات المدة المحددة، فإنه يجب اعتبار أن هذه العقوبات تعتبر أيضا من تدابير الدفاع الاجتماعي .

٤ ــ برنامج تطوير القانون الجنائي :

وأهم ما في ذلك أنه يجب أن يسمح للمحكمة في اختيار التدبير الملائم في كل حالة على حدة لكي يتفق مع حالة من سيعرض عليه التدبير .

ومن أهم عيوب هذا البرنامج أنه أهمل الأساس الأخلاقي للسياسة الجنائية واهتم بحماية المجتمع وسمى رد الفعل ضد الجريمة بالتدابير ــ ومنها العقوبات ــ والتفت عن بحث مشكلة الإرادة الحرة والخطأ والمسئولية . وكل هذه الظواهر تكشف عن إهمال الأساس الأخلاقي من حساب هذا البرنامج [١] .

* * *

---

(١) انظر ص ١٠٠ من السياسة الجنائية للدكتور أحمد فتحي سرور .

الفَصْل الثاني

الموقف في الشريعة الاسلامية

(١) المبادىء الأساسية التي ترتكز عليها :

من استقراء الأفكار التي أتت بها النظرية نجد أن المبادىء الأساسية فيها ترتكز على المبادىء الآتية :

١ ـ أساس المسئولية الجنائية .

٢ ـ إنسانية القانون الجنائي .

٣ ـ نظرية فردية العقاب .

٤ ـ فكرة التدابير الاحترازية وإجراءات الأمن والوقاية .

فهل هذه المبادىء لها ركيزة في الشريعة ؟

نبحث ذلك بتفصيل .

(٢) مبادىء مشتركة بين الشريعة والنظرية :

قال أحد الفقهاء المحدثين : إن نظرية الدفاع الاجتماعي ليست حديثة في الفقه الإسلامي كما يتوهم ذلك بعض الباحثين ، فإن الإسلام قد عرفها في

أكمل صورها ، وفيه ما يبهر العقول وينير الطريق للباحثين والدارسين [١] .

ونحن الآن نناقش هذا الرأي لنستعرض الأفكار في بحوث المسلمين لكي نتعرف عما إذا كانت الشريعة تقبل أصول النظرية كلية كما يقول الأستاذ أم تقبلها بتحفظات خاصة .

المبحث الأول

أساس المسئولية الجنائية في الشريعة الاسلامية

تعرض فقهاء المسلمين منذ زمن بعيد لأساس المسئولية الجنائية عن أفعال الإنسان ، وهل هو في ارتكابه لفعل ما مسيّر أم مخيّر .

ولقد ذهبوا في ذلك مذاهب شتى أهمها :

١ ــ مذهب الجبرية :

بعدما اختلط المسلمون بغيرهم من رجال خراسان وفارس كثر القول في مدى أفعال الإنسان واختياره مع قدرة الله وسلطانه .

وقد قامت طائفة تقول إن الانسان لا يخلق أفعاله ، فالإنسان لا إرادة له ولا اختيار أصلا ، وإنما يخلق الله تعالى الأفعال كما تخلق في النبات والجماد وتنسب إليه ، فيقال أثمرت الشجرة ، أو جرى الماء ، وتحرك الحجر ، وطلعت الشمس وغربت .

وقد كثر الكلام في الجبر في العصر الأموي في العراق والشام .

---

(١) البحث المقدم من الأستاذ سلام مدكور في الحلقة العربية الثانية للدفاع الاجتماعي والتي نظمها المركز العربي للدفاع الاجتماعي .

وقد قيل : إن أول من قال بهذه الفكرة اليهود ، وقيل إن أول من قال بها الجعد بن درهم الذي كان أول من خاض في مسألة خلق القرآن .

ثم نقل ذلك الجهم بن صفوان وقد نسبت هذه الفرقة إليه ، فقيل عنها الجهمية .

وقد تصدى لهم بعض العلماء في الرد على مذهبهم كالحسن البصري [1].

وقد قال عنهم ابن تيمية :

هؤلاء قوم من العلماء والعباد وأهل الكلام والتصوف أثبتوا القدر وآمنوا بأن الله رب كل شيء ومليكه . وأنه ما شاء كان وما لم يشأ لم يكن ، وأنه خالق كل شيء ، وهذا حسن وصواب ، ولكنهم قصروا في الأمر والنهي والوعد والوعيد وأفرطوا حتى غلا بهم إلى الإلحاد فصاروا من جنس المشركين الذين قالوا : « لو شاء الله ما أشركنا ولا آباؤنا ولا حرمنا من شيء » .
« الأنعام »

٢ — مذهب المعتزلة « القدرية » :

نشأ المعتزلة في العراق واشتهروا بالقول بأن الإنسان يخلق أفعال نفسه خيرها وشرها ، مستحق على ما يفعله ثوابا وعقابا في الدار الآخرة ، والله منزه أن يضاف إليه شر وظلم ، فالإنسان مختار في كل ما يفعل ، ولذلك كان التكليف ، وكان من أظهر من قال بذلك القول غيلان الدمشقي أو القدري على ما سمي ، ويعتبره المعتزلة من طبقتهم .

---

(١) انظر ص ١٠٨ ، ١٠٩ من كتاب الملل والنحل للشهرستاني المطبوع على هامش الفصل في الملل والنحل لابن حزم الجزء الأول . « الجبرية » : الجبر هو نفي الفعل حقيقة عن العبد وإضافته إلى الرب تعالى. والجبرية أصناف: فالجبرية الخالصة هي التي لا تثبت للعبد فعلا ولا قدرة على الفعل أصلا . والجبرية المتوسطة تثبت للعبد قدرة غير مؤثرة . فأما من أثبت للقدرة الحادثة أثراً ما في الفعل وسمي ذلك كسبا فليس بجبري. والجهمية أصحاب جهم بن صفوان وهو من الجبرية الخالصة ظهرت بدعته بترمذ وقتله سالم بن أحوز بمرو في آخر ملك بني أمية.

ويسمون بالقدرية لإنكارهم القدر ، وقد افترقوا إلى عشرين فرقة تجمعها كلها أمور مختلفة أهمها : أن الله تعالى غير خالق لأكساب الناس ولا لشيء من أعمال الحيوانات ، وقد زعموا أن الناس هم الذين يقدرون أكسابهم وأنه ليس لله عز وجل في أكسابهم ولا في أعمال سائر الحيوانات صنع ولا تقدير .

ولما طال الزمان وضعوا أصولاً خمسة للاعتزال هي : التوحيد والعدل والوعد والوعيد والمنزلة بين المنزلتين والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ويهمنا في هذا البحث أصلهم الثاني وهو العدل ومعناه أن الله سبحانه وتعالى لا يحب الفساد ولا يخلق أفعال الإنسان ، بل الإنسان يفعل ما أمر به وينتهي عما نهي عنه بالقدرة التي جعلها الله له ، وأنه لم يأمر إلا بما أراد ولم ينه إلا عما كره وأنه ولي كل حسنة أمر بها ، بريء عن كل سيئة نهى عنها ، لم يكلف الناس ما لا يطيقون ولا أراد منهم ما لا يقدرون عليه ، فكل معصية كان يجوز أن يأمر الله بها فهي قبيحة للنهي ، وكل معصية ما كان يجوز أن يبيحها الله سبحانه فهي قبيحة لنفسها كالجهل به ، وكذلك كل ما جاز إلا يأمر الله به فهو حسن للأمر به وكل ما لم يجز إلا أن يأمر الله به فهو حسن لنفسه .

وقد قالوا بمسألة خلق القرآن وحملوا الخلفاء على القول بها ، وقد أوذي بعض الفقهاء بسبب ذلك بكثير من الأذي ، وممن أوذي بسببهم الإمام أحمد ابن حنبل . ولا يهمنا في هذا البحث إلا ما يخص الجبر والاختيار [1] .

وقد سماهم المسلمون معتزلة لاعتزالهم قول الأمة بأسرها .

---

(١) والقدرية افترقت عشرين فرقة كل فرقة منها تكفر سائرها . انظر ص ١٨ ، ٩٣ من كتاب « الفرق بين الفرق» للإمام أبي منصور عبد القاهر بن طاهر بن محمد البغدادي المتوفى سنة ٤٢٩ المطبوع بمطبعة المعارف سنة ١٩١٠ م . وقد ورد في حقهم قول النبي صلى الله عليه وسلم « القدرية مجوس هذه الأمة » لأنهم يثبتون خالقية أنفسهم فلزم مشاركتهم للمجوس في إثبات الشريك له تعالى في الخالقية .

وانظر ص ٥١ من كتاب الفصل في الملل والأهواء والنحل لابن حزم جزء ٣ في الكلام على القضاء والقدر . قال أبو محمد : ذهب بعض الناس لكثرة استعمال المسلمين هاتين اللفظتين إلى أن ظنوا أن فيهما معنى الإكراه والإجبار وليس كما ظنوا ، وإنما معنى القضاء في لغة ←

٣ ـ الأشاعرة :

عند الجبرية : لا قدرة للإنسان ولا إرادة له ولا فعل . وعند المعتزلة : للإنسان قدرة مطلقة . وعند الأشاعرة : له قد ة ولكن لا تأثير لقدرته بجوار قدرة الله . وله أفعال والله خالقها. وله إرادة أيضا تستند أفعاله إليها، ولذا يعد مختارا في أفعاله ويكفي في تسمية أفعاله أفعالا اختيارية استناد تلك الأفعال إلى إرادته واختياره . ولكن هذه الإرادة والاختيار عند الأشاعرة ليست من الإنسان، بل خاصة بخلق الله . ولذا يقال عندهم إنه مختار في أفعاله مضطر في اختياره. وبالنظر إلى أن فعله وإرادته لفعله مخلوقان لله تعالى لزم أن يكون الإنسان مضطرا فيهما جميعا . إلا أن استناد فعله إلى الاختيار وعدم استناد اختياره إلى اختيار آخر سبب وصف الأفعال بالاختيارية وهو المعني بكون الإنسان مختارا في أفعاله عند الأشاعرة ، أما أفعاله فمستندة إلى اختياره وإن لم يكن هذا الاختيار بيده .

وهذا المذهب نسبة إلى أبي الحسن الأشعري المولود بالبصرة والمتوفى حوالي سنة ٣٣٥ هـ وقد تربى في أحضان المعتزلة وكان من قادتهم .

← العرب التي بها خاطبنا الله سبحانه وتعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم وبها نتخاطب ونتفاهم مرادنا أنه الحكم فقط ولذلك – يقولون القاضي بمعنى الحاكم وقضى الله عز وجل بكذا أي حكم به ويكون أيضا بمعنى أمر قال تعالى (وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه) ، إنما معناه بلا خلاف أنه تعالى أمر أن لا تعبدوا إلا إياه، ويكون أيضا بمعنى أخبر قال الله تعالى: « وقضينا إليه ذلك الأمر أن دابر هؤلاء مقطوع مصبحين » بمعنى أخبرناه أن دابرهم مقطوع بالصباح . وقال تعالى : « وقضينا إلى بني إسرائيل في الكتاب لتفسدن في الأرض مرتين ولتعلن علوّاً كبيراً ». أي أخبرناهم بذلك. ويكون أيضا بمعنى أراد وهو قريب من معنى حكم . قال الله تعالى : إذا قضى أمرا فإنما يقول له كن فيكون ». ومعنى ذلك حكم بكونه فكان. ومعنى القدر في اللغة العربية الترتيب والحد الذي ينتهي إليه الشيء تقول قدرت البناء تقديرا إذا رتبته وحددته . قال تعالى : « إنا كل شيء خلقناه بقدر » يريد تعالى برتبة وحد فمعنى قضى وقدر حكم ورتب. ومعنى القضاء والقدر حكم الله تعالى في شيء بحمده أو ذمه وبكونه وترتيبه على صفة كذا وإلى وقت كذا فقط وبالله تعالى التوفيق .

وقد خرج على الناس يوما فرقي المنبر يوم جمعة في مسجد الجامع بالبصرة وقال :

« أيها الناس، من عرفني فقد عرفني ، ومن لم يعرفني فأنا أعرفه بنفسي ، أنا فلان بن فلان كنت أقول بخلق القرآن ، وأن الله تعالى لا يُرَى بالأبصار ، وأن أفعال الشر أنا أفعلها. وأنا تائب مقلع متصد للرد على المعتزلة مخرج لفضائحهم. معاشر الناس إنما تغيبت عنكم هذه المدة لأني نظرت فتكافأت عندي الأدلة ولم يترجح عندي شيء على شيء فاستهديت الله تعالى فهداني إلى اعتقاد ما أودعته كتبي هذه وانخلعت من جميع ما كنت أعتقد كما انخلعت عن ثوبي هذا». وانخلع من ثوب كان عليه . ومن جملة ما قاله في كتبه : « إن الأشياء تكون بمشيئة الله ، وإن أحدا لا يستطيع أن يفعل شيئا قبل أن يفعله الله . ولا نستغني عن الله ، ولا نقدر على الخروج من علم الله . وأن لا خالق إلا الله وأن أعمال العباد مخلوقة لله مقدورة له كما قال » .

وقد نال الأشعري مقاما كبيرا في عهده ولقبه العلماء بإمام أهل السنة . ومع ذلك فقد كان له مخالفون كثيرون من أهمهم ابن حزم الذي كان يعده من الجبرية لرأيه في أفعال الإنسان ، ويعده من المرجئة لرأيه في مرتكب الكبيرة[1] .

* * *

وقد أفاض المستشرق «جولدتسيهر » في كتابه « العقيدة والشريعة في الإسلام » في هذا الموضوع فكان مما قاله :

« وفيما يختص بالثواب والعقاب نرى القرآن يكرر ، وفي تحديد : أن الله لا يظلم أحدا مثقال ذرة ، أو أن الناس لا يظلمون نقيرا ، وأن الله هو كما يقول عن نفسه :

« ولا نكلف نفسا إلا وسعها ولدينا كتاب ينطق بالحق وهم لا يظلمون » .
(سورة المؤمنون)

---

(١) انظر الملل والنحل لابن حزم جزء ٣ ص ٢٢ عند بحثه في القدر. والمرجئة طائفة لا يحكمون على أحد في الدنيا ، بل يؤخرون الحكم إلى يوم القيامة .

« وخلق الله السموات والأرض بالحق ولتجزى كل نفس بما كسبت وهم لا يظلمون » (سورة الجاثية) . لكن النفس الورعة التقية لها أن تتساءل : هل يمكن أن يتصور المرء ظلماً أفدح من الجزاء على أعمال تتم بإرادة محدودة ليست تحت القدرة الإنسانية ؟ وهل يصح أن يحرم الله الناس من كل حرية واستقلال في أعمالهم وأن يحدد سلوكهم حتى في أدنى التفاصيل ؟ وأن يحرم الخاطىء أو الآثم من إمكان فعل الخير ، وأنه كما يقول : « ختم الله على قلوبهم وعلى سمعهم وعلى أبصارهم غشاوة [1] » . وأنه مع هذا كله يعاقبهم إذا ما عصوا ويقذف بهم إلى العذاب الخالد .

وليس في الإسلام على ما نرجح مسألة مذهبية يمكن أن نستخلص بشأنها من القرآن تعاليم متناقضة كتلك التي نبحثها الآن .

فالعبارات الجبرية العديدة يمكن أن تعارض بعبارات للنبي تدل على أن الله ليس هو الذي يضل النفوس ، بل هو الشيطان الرجيم العدو الغرور منذ عهد آدم (سورة الحج . سورة فاطر . سورة فصلت . سورة المجادلة . سورة البقرة) .

أما الذين كانوا يريدون أن يسندوا نظرية أو مذهب حرية الإنسان التامة البعيدة عن تأثير الشيطان الرجيم ، فكانوا يستطيعون أن يجدوا عددا كبيرا من الآيات الواضحة التي يمكن أن يؤخذ منها دليل لرأيهم المعارض للجبر ، فالحسنات والسيئات التي يأتي بها الإنسان قد سميت « بالكسب » فهي لهذا أعمال تمت بحرية كاملة (مثال ذلك سورة آل عمران ، وغيرها) .

« كلا بل ران على قلوبهم ما كانوا يكسبون » .

« سورة المطففين »

وحتى عند الكلام عن ختم القلوب لا يوجد ما يحول دون القول بأن

---

(١) سورة البقرة . آية ٧ .

هؤلاء الذين ختم الله على قلوبهم « اتبعوا أهواءهم » .

« سورة محمد »

« ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله » .

« سورة ص »

إن الله ليس هو الذي يقسي قلوب الآثمين ، ولكن صارت بما أتت من سيء الأعمال قاسية « فهي كالحجارة بل أشد قسوة » .

« البقرة »

« والشيطان نفسه يبعد عن نفسه تهمة الإضلال ، لأن الإنسان من نفسه في ضلال مبين » . « سورة ق »

* * *

وقد رد مترجمو الكتاب المذكور على المؤلف بقولهم : إن مسألة الجبر والاختيار مسألة كان المسلمون الأول في غنى عنها ، وكانوا على الجادة التي لا عوج فيها ولا انحراف ، وكانوا لا يعنون بهذا التدقيق ، ويقبلون الدين الصافي ويقبلون على شأنهم في معاشهم ومعادهم ، وبذلك اتسع سلطانهم ، وعزت كلمتهم ، فلما فكروا في هذه الأمور عرضت لهم مشاكلها ، فكانت سبب الخلاف بينهم . وقد حلها المؤمنون بما هو هدى وحق ، ووفقوا بين النصوص ، وفهموا الفهم الصحيح ، فالثواب والعقاب منوطان بإرادة الإنسان واختياره ، واختيار الإنسان من البديهيات التي لا ينكرها عاقل . وقد منح الله الإنسان وسائل الفعل وآلاته وركب فيه العقل الذي يدبر ويختار مصيره ، وطالبه بإيثار الخير والرغبة عن الشر ، والإنسان لا يحس بقاسر ولا مكره له في هذه الحياة .

وقد جاء مع هذا في الدين — وثبت عقلاً — أن أعمال الناس معلومة لله في الأزل . وأن إرادة الله تعلقت بما يوجد من هذه الأعمال ، وأن الله يوجدها على أيدي العباد ، وذلك هو القضاء والقدر . ولكن الله أراد للناس أعمالهم على

حسب استعدادهم وإرادتهم التي لا يشعرون بأي دافع يدفعهم إليها ، والقدر محجب عن الإنسان ، ولو أن أحدا علم ما قضى الله به عليه ، ثم فعله امتثالا لكان له الحجة على الله .

وبذلك نفهم قوله تعالى في الكفار : « ختم الله على قلوبهم وعلى سمعهم وعلى أبصارهم غشاوة » فإنما هو أن هؤلاء آثروا الكفر اختيارا منهم فأراد الله لهم ما اختاروا ، والكلام في مثل هذا على التمثيل . وليس بصحيح أن إرادة العبد تحدد بإرادة الله ، فكثيرا ما يريد العبد الشيء ولا يقع ، وذلك دليل على أن الله لم يرده . وليعلم في هذا المقام أن إرادة الله ليست من صفات التأثير حتى تدفع العبد إلى إرادة الأشياء ، وكان حريا بالباحث أن يراجع جيدا قول علماء الكلام في هذا البحث [1] .

وقد أعجبنا قول لفقيه حديث هو المرحوم مصطفى صبري شيخ الإسلام السابق للدولة العثمانية في كتابه «موقف البشر تحت سلطان القدر» ننقله بنصه :

« في مسألة القضاء والقدر أمران وثالث هو التوفيق بينهما .

فالأول : عموم سلطة الله على جميع ما كان وما يكون وإحاطة إرادته به فلا يقع في الكون إلا ما يشاء .

والثاني : كون العباد ـــ الذين لا يخرجون هم وأفعالهم عن سلطة إرادة الله بحكم القضية الأولى مكلفين بالشرائع ومسئولين عن أعمالهم .

والثالث : أن التوفيق بين القضيتين يرى في غاية الإشكال .

وروح مسألة القضاء والقدر في هذا التوفيق ، فإن لم يتأت الجمع بين القضيتين في العقل يلزم الجمع بينهما في الاعتقاد ولذا صارت هذه المسألة أشد المسائل إشكالا وإعضالا .»

---

(١) انظر ص ٨٩ ، ٩٠ من كتاب العقيدة والشريعة لجولد تسيهر المستشرق الألماني . ترجمة المرحوم الدكتور محمد يوسف موسى وآخرين .

وقد قلنا من قبل إن أي مذهب ينبيء عن بساطة الأمر ويسهله على الفهم فهو أبعد عن الحقيقة لعدم تناسبه مع طبيعة المسألة ، واعتبرنا كون كسب الأشعري يضرب به المثل في الخفاء مزية لمذهبه بالرغم من الذين عابوه به فهو يراعي حق القضية الأولى ، ويقول بإحاطة إرادة الله حتى لا يخرج عنها أفعال العباد وإرادتهم الكلية والجزئية؛ ويراعي القضية الثانية لقوله باختيارهم في أفعالهم أما كون اختيارهم حاصلا بخلق الله وإرادته وعدم كونهم مختارين في هذا الاختيار وكون كسبهم بهذا السبب مضروبا به المثل في الخفاء ، فكأنه مما تقتضيه القضية الأولى المسلمة وصعوبة توفيقها مع القضية الثانية ولا ذنب للأشعري فيه ، ومذهبنا عبارة عن الاعتصام التام بالقضيتين كلتيهما ثم الاجتهاد في التأليف بينهما بقدر الطاقة فإن عنتنا فيه ، فهو مقتضى الحال . والشيخ المغفور له محمد عبده الذي شدد الملام على الأشاعرة اعترف بصعوبة التأليف بين القضيتين ، بل استسلم لليأس منه حيث قال « أما البحث فيما وراء ذلك من التوفيق بين ما قام عليه الدليل من إحاطة علم الله وإرادته وبين ما تشهد به البداهة من عمل المختار فيما وقع عليه الاختيار ، فهو من طلب سر القدر الذي نهينا عن الخوض فيه واشتغال بما لا تكاد تصل العقول إليه . » .

ولئن عجزنا نحن عن التأليف بين كون العباد في أفعالهم مجبورين على اتباع مشيئة الله وبين كونهم مكلفين ومسئولين ، المستلزم لكونهم مختارين ، فالله غير عاجز عنه ، فما دام يقول وقوله الحق وله الملك :

« قل كل من عند الله » و « قل إن الأمر كله لله » و « ما تشاءون إلا أن يشاء الله » ويقول أيضا : « ولتسألن عما كنتم تعملون » — فلماذا لا يكون كلاهما حقا ، بل ثانيهما فقط ، أي كونهم مسئولين ، بحجة أن عقولنا القاصرة لا تؤلف بينهما ؟ .

فأولا : أن كليهما أخبر بهما المخبر الصادق بصراحة مؤكدة لا تقبل التأويل .

وثانيا : أن الأنسب بإحاطة ملكوت الله بالكائنات وأكمليتها كون إرادته فحسب حاكمة في ملكه كما أخبر به في كتابه ، ومهما أعطى عباده الإرادة فلا ينبغي أن تكون إرادته تابعة لإرادتهم ، بل تكون إرادتهم تابعة لإرادته ، أي أن لا يكون الإنسان حبله على غاربه إلى يوم يسأل ، لأن المالك الذي لا يقبل الشركة في ملكه لا يتنازل عن التصرف فيه إلى غيره ولو وقتيا ، وهو مخل بكونه مهيمنا عليه .

فليعط الإنسان الإرادة ، وليفعل هو بهذه الإرادة ما يشاء إلى يوم الحساب [1] .

* * *

ورأينا في تلك المشكلة أن الله قدير على كل شيء ، وقدرة الله سبحانه وتعالى ، باعتباره هو الخالق لكل من على الأرض وما في السماء قدرة تامة ، وهو يعلم ما في الصدور كما يعلم الغيب وما في الأحكام ، ولذلك فهو يعلم أفعال الإنسان ، إن كانت خيرا وإن كانت شرا .

وقد خلق الله العقل للإنسان ، كما أعطاه الإرادة ، وجعله يفكر بحسب مداركه وفهمه ونفسيته ، وتركه يفعل ما يريد . والله بطبيعة الحال ، يعلم ما سوف يقدم عليه المخلوق من خير أو شر . وهو حر في هذا الاختيار الذي علمه الله سلفا ، فهو في كتاب محفوظ .

والسارق يسرق والزاني يزني وكل عاص يعصي ، يكون مدفوعا بميوله وشهوته ويتجه بإرادته لتنفيذ ذلك بكامل رغبته لا لينفذ القضاء المكتوب . ولكن ليقضي شهوته المحرمة التي علمها الله سلفا بحكم كونه علام الغيوب ،

---

(١) انظر ص ١٧٩ ، ١٨٠ من كتاب موقف البشر تحت سلطان القدر لشيخ الاسلام المرحوم مصطفى صبري .

وقد أطلق على الأشاعرة – وهم الذين اتبعوا أبا الحسن الأشعري وأبا منصور الماتريدي – الفرقة الناجية .

وأما إرادة الله فلا تعلم إلا بعد وقوع الحادث . وبذلك يمكننا أن نوفق بين أن الله قادر على كل شيء علام للغيوب ، وبين مسئولية الإنسان عما تجنيه يداه ، فكل نفس بما كسبت رهينة .

وعلى ذلك ففي الإسلام مسئولية الشخص عن أفعاله مسئولية كاملة يوجبها عليه عقله وإرادته وميوله واختياره .

المبحث الثاني

انسانية القانون الجنائي

كان المشرع الإسلامي — ولا يزال — ينظر إلى المجرم نظرته إلى شخص ضل الطريق ، فهو يريد أن يأخذ بيده ويرشده إلى سواء السبيل .

عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم فيما يحكي عن ربه عز وجل قال :

« أذنب عبد ذنبا فقال : اللهم اغفر لي ذنبي . فقال تبارك وتعالى : أذنب عبدي ذنبا فعلم أن له ربا يغفر الذنب ويأخذ بالذنب ، ثم عاد فأذنب فقال : أي رب اغفر لي ذنبي . فذكر مثله مرتين ، وفي آخره : اعمل ما شئت فقد غفرت لك . » أخرجه مسلم .

وفي هذا الحديث دليل على صحة التوبة بعد نقضها بمعاودة الذنب ، لأن التوبة الأولى طاعة وقد انقضت وصحت ، وهو محتاج بعد مواقعة الذنب الثاني إلى توبة أخرى مستأنفة ، والعود إلى الذنب وإن كان أقبح من ابتدائه ، لأنه أضاف إلى الذنب نقض التوبة ، فالعود إلى التوبة أحسن من ابتدائها .

وقد وصى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالرفق في حق من تنفذ عليه

العقوبة فلا يسب ولا يلعن ، نلمس ذلك من الآثار الآتية :

١ ــ قال أبو هريرة رضي الله عنه : أُتي النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب ، فقال : اضربوه . فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه ، فلما انصرف قال بعض القوم : أخزاك الله . قال عليه الصلاة والسلام : « لا تقولوا هكذا ؛ لا تعينوا عليه الشيطان ». رواه البخاري وأبو داود .

٢ ــ كان رجل على عهد النبي صلى الله عليه وسلم يسمى عبد الله ، وكان يلقب حمارا ، وكان يضحك النبي صلى الله عليه وسلم وكان قد جلده في الشراب ، فأُتي به يوما فأمر به فجلده . فقال بعض القوم : اللهم العنه ما أكثر ما يؤتى ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا تلعنوه ، فوالله ما علمت إلا أنه يحب الله ورسوله » . رواه البخاري .

قال بعض الشراح : فيه النهي عن اللعن ، وفيما قبله النهي عن مطلق الدعاء على المرتكب ، بل المطلوب الدعاء له بالهداية [1] .

قال الدهلوي « في حجة الله البالغة » :

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لعن المحدود والوقوع فيه لئلا يكون سببا لامتناع الناس من إقامة الحد ، ولأن الحد كفارة والشيء إذا تدورك بالكفارة صار كأن لم يكن ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « والذي نفسي بيده إنه لفي أنهار الجنة منغمس بها » .

٣ ــ وورد في الموطأ :

حدثني مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن رجلا من أسلم جاء إلى أبي بكر الصديق فقال له : إن الآخر زنى . فقال له أبو بكر :

---

(١) انظر حديث قتيبة في البخاري وفيه : فلما انصرف قال بعض القوم : أخزاك الله قال : لا تقولوا هكذا ، لا تعينوا عليه الشيطان . وانظر بعده باب ما يكره من لعن شارب الخمر وأنه ليس بخارج من الله « شرح العيني ص ٢٧٠ جزء ٢٣ » .

هل ذكرت هذا لأحد غيري ؟ فقال له : لا . فقال له أبو بكر : فتب إلى الله واستتر بستر الله فإن الله يقبل التوبة عن عباده ، فلم تقرره نفسه حتى أتى عمر بن الخطاب فقال له مثل ما قال لأبي بكر . فقال له عمر مثل ما قال له أبو بكر ، فلم تقرره نفسه حتى جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له إن الآخر زنى ، فقال سعيد : فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث مرات ، كل ذلك يعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى إذا أكثر عليه بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أهله . فقال أيشتكي أم به جِنة ؟ فقالوا يا رسول الله : والله إنه لصحيح . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أبكر أم ثيب . فقالوا : بل ثيب يا رسول الله . فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجم .

وفي بعض الروايات أنه صلى الله عليه وسلم سمع رجلين من أصحابه يقول أحدهما لصاحبه : ألم تر إلى هذا الذي ستر الله عليه فلم تدعه نفسه حتى رجم رجم الكلب . فسكت عنهما ، ثم سار ساعة حتى مر بجيفة حمار شائل برجليه فقال : أين فلان وفلان ؟ فقالا : نحن ذان يا رسول الله ، فقال : انزلا وكلا من جيفة هذا الحمار ، فقالا : يا نبي الله من يأكل هذا ؟ قال : فما نلتما من عرض أخيكما آنفا أشد أكلا منه ، والذي نفسي بيده إنه الآن لفي أنهار الجنة ينغمس فيها .

وفي رواية أبي داود قال : لما أمر النبي صلى الله عليه وسلم برجم ماعز خرجنا به إلى البقيع . فوالله ما أوثقناه ولا حفرنا له ، ولكنه قام لنا فرميناه بالعظام والمدر والخزف ، فاشتد إلى قوله حتى سكت — قال بعده : فما استغفر له ولا سبه .

وفي رواية أخرى له قال : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم وذكر نحوه وليس بتمامه . قال : ذهبوا يسبونه فنهاهم ، قال ذهبوا يستغفرون له فنهاهم قال : هو رجل أصاب ذنبا ، حسيبه الله .

٤ – كما ورد في الموطأ :

حدثني يحيي عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن رجلا من أهل اليمن أقطع اليد والرجل قدم على أبي بكر الصديق فشكا اليه أن عامل اليمن قد ظلمه . فكان يصلي من الليل فيقول أبو بكر : وأبيك ماليلك بليل سارق ، ثم أنهم فقدوا عقدا لأسماء بنت أبي عميس امرأة أبي بكر الصديق فجعل الرجل يطوف معهم ويقول : اللهم عليك بمن بيت أهل هذا البيت الصالح . فوجدوا الحلي عند صائغ زعم أن الأقطع جاءه به ، فاعترف به الأقطع أو شهد عليه به . فأمر به أبو بكر الصديق فقطعت يده اليسرى . وقال أبو بكر : والله لدعاؤه على نفسه أشد عندي عليه من سرقته .

فهذا القول الأخير من أبي بكر الصديق يرينا الناحية الإنسانية التي دفعت الخليفة لهذا القول .

٥ – الراجح في الفقه الإسلامي أن التعزير لا يجوز بالصفع « الضرب على القفا » لأنه من الاستخفاف الذي يجب أن يصان عنه الناس .

ولكي يعاقب المجرم يجب أن يكون : –

أولا – مختارا غير مكره ولا مضطر :

روى البخاري عن نافع مولى ابن عمر : أن صفية بنت أبي عبيد أخبرته أن عبدا من رقيق الإمارة وقع على وليدة من الخمس ، فاستكرهها حتى افتضها . فجلده عمر ، ولم يجلدها من أجل أنه استكرهها .

وفي رواية للترمذي قال : استكرهت امرأة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فدرأ عنها الحد . وأقامه على الذي أصابها .

عن أبي عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر قال : أخذ المشركون عمار بن ياسر رضي الله عنه فلم يتركوه حتى سب رسول الله صلى الله عليه وسلم

وذكر آلهتهم بخير ثم تركوه . فلما أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له عليه الصلاة والسلام : ما وراءك . قال : شر ؛ ما تركوني حتى نلت منك وذكرت آلهتهم بخير . قال عليه الصلاة والسلام : إن عادوا فعد .

ففيه دليل أنه لا بأس للمسلم أن يجري كلمة الشرك على اللسان مكرها بعد أن يكون مطمئن القلب بالإيمان .

قال صاحب المبسوط : يحمل بعض العلماء قوله عليه الصلاة والسلام (فإن عادوا فعد) على ظاهره ، يعني إن عادوا إلى الإكراه فعد إلى ما كان منك من النيل مني وذكر آلهتهم بخير ، وهو غلط ، فإنه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأمر أحداً بالتكلم بكلمة الشرك ، ولكن مراده عليه الصلاة والسلام : فإن عادوا إلى الإكراه فعد إلى طمأنينة القلب بالإيمان . وهذا لأن التكلم وإن كان يرخص له فيه فالامتناع منه أفضل .

ألا ترى أن حبيب بن عدي لما أخذه المشركون وباعوه من أهل مكة فجعلوا يعاقبونه على أن يذكر آلهتهم بخير ويسب محمدا صلى الله عليه وسلم وهو يسب آلهتهم ويذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بخير ، فأجمعوا على قتله ، فلما أيقن أنهم قاتلوه سألهم أن يدعوه ليصلي ركعتين ، فأوجز صلاته ثم قال : إنما أوجزت لكيلا تظنوا أني أخاف القتل ، ثم سألهم أن يلقوه على وجهه ليكون هو ساجدا على حين يقتلونه ، فأبوا عليه ذلك ، فرفع يديه إلى السماء وقال :

اللهم إني لا أرى هنا إلا وجه عدو ، فأقرىء رسول الله صلى الله عليه وسلم مني السلام . اللهم احص هؤلاء عددا واجعلهم بددا ولا تبق منهم أحدا ، ثم أنشأ يقول :

ولست أبالي حين أقتل مسلما على أي جنب كان لله مصرعي

فلما قتلوه وصلبوه تحول وجهه إلى القبلة وجاء جبريل عليه الصلاة والسلام

إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرئه سلام حبيب رضي الله عنه ، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم له وقال : «هذا أفضل الشهداء وهو رفيقي في الجنة » فبهذا تبين أن الامتناع أفضل [1] .

حالة الضرورة :

إذا اضطرت المرأة أو الرجل على ارتكاب الزنا ، وتوافرت شروط الضرورة ، لا يعاقب واحد منهما .

في السنن للبيهقي عن أبي عبد الرحمن السلمي أنه أُتي عمر بامرأة جهدها العطش فمرت على راع فاستسقت فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها ، ففعلت ، فشاور الناس في رجمها فقال عمر : هذه مضطرة أرى أن يخلى سبيلها ففعل .

قال ابن قيم الجوزية :

والعمل على هذا لو اضطرت المرأة إلى طعام أو شراب عند رجل فمنعها إلا بنفسها وخافت الهلاك فمكنته من نفسها فلا حد عليها ، لأن حكمها حكم المكره بالقتل على الزنا ، والمكرهة لا حد عليها ، ولها أن تفتدي من القتل بذلك . وكتب الفقه عامرة بمثل هذه الفروض في جرائم القتل والإتلاف الذي تدرأ فيه العقوبة لوجود حالة الاضطرار . [2] .

كذلك يحل ما حرم من الميتة والدم ولحم الخنزير وكل ما حرم للمضطر .

والمضطر : الرجل يكون بالموضع ، لا طعام معه فيه ، ولا شيء يسد فورة جوعه ، من لبن وما أشبهه . ويبلغه الجوع ما يخاف منه الموت أو المرض وإن لم يخف الموت ، أو يضعفه أو يضره ، أو يعتل ، أو يكون ماشيا فيضعف

---

(١) انظر ص ٤٤ جزء ٢٤ المبسوط .

(٢) انظر ص ٤٨ وما بعدها جزء ٢٤ من المبسوط ففيه تفصيل لحالات الإكراه والضرورة .

عن بلوغ حيث يريد ، أو راكبا فيضعف عن ركوب دابته ، أو ما في هذا المعنى من الضرر البين .

ويشترط في المضطر أن يكون غير باغ ، ولا عادٍ ولا متجانف لإثم [1] .

قال قتادة والحسن والربيع وابن زيد وعكرمة : غير باغ في أكله فوق حاجته ، ولا عاد بأن لا يجد عن هذه المحرمات مندوحة ويأكلها .

وقال السدي : غير باغ في أكلها شهوة وتلذذا ، ولا عادٍ باستيفاء الأكل إلى حد الشبع .

وقال مجاهد وابن جبير وغيرهما : المعنى غير باغ على المسلمين ولا عاد عليهم .

وكذلك الاضطرار للخمر ، فإن اضطر إلى خمر فإن كان بإكراه شرب بلا خلاف ، وإن كان بجوع أو عطش فلا يشرب ، وبهذا قال مالك في العتبية قال : ولا يزيده الخمر إلا عطشا وإنما ذكرت الضرورة في الميتة ولم تذكر في الخمر. وهو قول الشافعي ، فإن الله تعالى حرم الخمر تحريما مطلقا ، حرم الميتة بشرط عدم الضرورة .

وقال الأبهري إن ردت الخمر عنه جوعا أو عطشا شربها ، لأن الله تعالى قال في الخنزير « إنه رجس » ثم أباحه للضرورة . وقال تعالى في الخمر « إنها رجس » فتدخل في إباحة الخنزير للضرورة بالمعنى الجلي الذي هو أقوى من القياس ، ولا بد أن تروي ولو ساعة ، وترد الجوع ولو مدة .

روى أصبغ عن ابن القاسم أنه قال : يشرب المضطر الدم ولا يشرب

---

(١) وفي الخمر تفصيل سنذكره فيما بعد .
وانظر ص ٢٥٠ جزء ٣ ابن عابدين : فلو شرب للعطش المهلك مقدار ما يرويه فسكر لم يحد ، لأنه بأمر مباح . وقالوا لو شرب مقداره وزيادة ولم يسكر حد ، كما في حالة الاختيار ، وبه صرح الحاكم في الكافي .

الخمر ، ويأكل الميتة ولا يقرب ضوال الإبل ، وقال ابن وهب ويشرب البول ولا يشرب الخمر ، لأن الخمر يلزم فيها الحد فهي أغلظ . نص عليه أصحاب الشافعي [1] .

وقال سعيد بن جبير والحنفية : المضطر إلى شرب الخمر يشربها، وإنها يشرب منها مقدار ما يمسك به رمقه إذا كان يرد عطشه [2] .

ومن حالات الضرورة ما روي من أن غلمانا لحاطب من أبي بلتعة سرقوا ناقة رجل من مزينة فانتحروها ، فأمر عمر بن الخطاب بقطع أيديهم ، ثم توقف وقال لحاطب: أراك تجيعهم ، والله لأغرمنك غرما يشق عليك ، وسأل المزني قائلا : كم ثمن ناقتك ؟ قال المزني : قد كنت والله أمنعها من أربعمائة درهم ، فقال عمر : أعطه ثمانمائة درهم.[3] وفي رواية قال عمر لعبد الرحمن ابن حاطب : أما لولا أني أظنكم تجيعونهم حتى لو وجدوا ما حرم الله لأكلوه لقطعتهم ولكن والله قد تركتهم لأغرمنك غرامة توجعك .

فإن غص بلقمة فهل يسيغها بخمر أو لا ؟ فقيل: لا ، مخافة أن يدعى ذلك ، وأجاز ذلك ابن حبيب لأنها حالة ضرورة .

التداوي بالخمر :

التداوي بها لا يخلو أن يحتاج إلى استعمالها قائمة العين أو محرقة .

فإن تغيرت بالإحراق ، قال ابن حبيب يجوز التداوي بها والصلاة .

وقال سحنون : لا يتداوى بها . قاله مالك : وهو ظاهر مذهب الشافعي وهو اختيار أبي هريرة .

---

(١) انظر ص ٢٣١ جزء ٢ القرطبي ، وانظر ص ٥٦ جزء أول ابن العربي .
(٢) انظر ص ١٥١ جزء ١ الجصاص حيث أورد حجج الحنفية .
(٣) الموطأ ج ٢، ص ٢٢٠ باب القضاء في الضواري والحريسة .

وقال أبو حنيفة : يجوز شربها للتداوي دون العطش وهو اختيار الطبري من أصحاب الشافعي وقول الثوري .

وقال بعض الشافعية : يجوز شربها للعطش دون التداوي لأن ضرر العطش عاجل بخلاف التداوي .

وقيل يجوز شربها لأمرين :

ومن منعها يحتج بمنع التداوي بها بقوله صلى الله عليه وسلم :

١ ـ إن الله لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليهم .

٢ ـ لقوله صلى الله عليه وسلم لطارق بن سويد وقد سأله عن الخمر فنهاه أو كره أن يصنعها فقال : إنما أصنعها للدواء . فقال : إنه ليس بدواء ولكنه داء . رواه مسلم في الصحيح .

وهذا يحتمل أن يقيد بحالة الاضطرار ، فإنه يجوز التداوي بالسم ولا يجوز شربه .

ثانيا ـ يجب أن يكون المجرم بالغا .

ثالثا ـ عاقلا .

عن الترمذي قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يعقل » .

وذلك لأن العقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبات كلها .

وعن عبد الله بن عباس قال : أُتي عمر بمجنونة قد زنت فاستشار فيها أناسا . فأمر بها عمر أن ترجم . فمر بها علي بن أبي طالب فقال : ما شأن هذه ؟ قالوا مجنونة بني فلان زنت فأمر بها عمر أن ترجم فقال : ارجعوا بها . ثم

أتاه ، فقال يا أمير المؤمنين ، أما علمت أن القلم قد رفع عن ثلاثة : عن المجنون حتى يبرأ وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يعقل ؟ فقال ، بلى . قال : فما بال هذه ؟ قال : لا شيء فأرسلها . فأرسلها عمر . قال : فجعل يكبر .

قال الشافعي : لا قصاص على من لم تجب عليه الحدود ، وذلك من لم يحتلم من الرجال أو تحض من النساء أو يستكمل خمس عشرة سنة . ذلك مغلوب على عقله بأي وجه ما كانت الغلبة إلا بالسكر فإن القصاص والحدود على السكران كهي على الصحيح وكل من قلنا عليه القصاص فهو بالغ غير مغلوب على عقله والمغلوب على عقله من السكر دون غيره [1] .

فإذا زنى بالغ بصبية ، أو عاقل بمجنونة ، أو مستيقظ بنائمة ، فهناك رأيان :

١ ــ أنه من جهة الرجل زنا ، ولا يكون ذلك من جهة المرأة زنا ، فهذا زان ينكح غير زانية .

٢ ــ أنه زنا من كل جهة إلا أن أحدهما سقط فيه الحد والآخر ثبت فيه الحد [2] .

رابعا : عامدا :

أي أن يكون قاصدا للإجرام فإن كان مخطئا تغير وضعه . فعقوبة القتل العمد القصاص ، أما القتل الخطأ ففيه الإثم دون إثم القتل العمد ، والدية ، والكفارة ، وحرمان الميراث .

حالة الجهل :

فالجهل في الفقه الإسلامي يصبح عذرا إذا لم يصحبه تقصير من الجاني .

---

(١) انظر ص ٥ جزء ٦ الأم للشافعي .
(٢) انظر ص ٣١٩ جزء ٣ ابن العربي .

قال أبو محمد بن حزم : من أصاب شيئا محرما فيه حد أو لا حد فيه وهو جاهل بتحريم الله تعالى فلا شيء عليه فيه ، لا إثم ولا حد ولا ملامة ، لكن يعلم ، فإن عاد أقيم عليه حد الله تعالى ، فإن ادعى جهالة نظر ، فإن كان ذلك ممكنا فلا حد عليه أصلا ، وقد قال قوم بتحليفه ، ولا نرى عليه حدا ولا تحليفا ، وإن كان متيقنا أنه كاذب لم يلتفت إلى دعواه .

وقال ابن قدامة في المغني : —

لا حد على من لم يعلم تحريم الزنا : قال عمر وعثمان وعلي : لا حد إلا على من علمه . وبهذا قال عامة أهل العلم ، فإن ادعى الزاني الجهل بالتحريم وكان يحتمل أن يجهله كحديث العهد بالإسلام والناشيء ببادية . وإن كان ممن لا يخفى عليه ذلك كالمسلم الناشيء بين المسلمين وأهل العلم — لم يقبل لأن تحريم الزنا لا يخفى على من هو كذلك فقد علم كذبه [1] .

روى البخاري عن حمزة بن عمرو الأسلمي أن عمر رضي الله عنه بعثه مصدقا ، فوقع رجل على جارية امرأته ، فأخذ حمزة من الرجل كفلاء ، حتى قدم على عمر فأخبره . وكان عمر قد جلد ذلك الرجل مائة إذ كان بكرا باعترافه على نفسه فأخبره ، فادعى الجهل في هذه فصدقه وعذره بالجهالة .

وروي عن سعيد بن المسيب أن عاملا لعمر بن الخطاب كتب إلى عمر يخبره أن رجلا اعترف عنده بالزنا ، فكتب إليه عمر أن سله : هل كان

---

(١) انظر ص ١٤٦ جزء٣ المنتقى :

روى ابن المواز عن مالك وأصحابه أن الأعجمي الذي دخل في الإسلام ولم يعلم تحريم الخمر فلا عذر له في تلك ويقام عليه الحد . واحتج مالك لذلك بأن الإسلام قد فشا ولا أحد يجهل شيئا من الحدود .

وروى أبو زيد عن ابن وهب أنه إذا كان البدوي الذي لم يقرأ الكتاب ولم يعلمه ويجهل مثل هذا فإنه لا يحد ويعزر .

يعلم أنه حرام ؟ فإن قال نعم : فأقم عليه الحد ، وإن قال لا ، فأعلمه أنه حرام ، فإن عاد فاحدده .

وعن الهيثم بن بدر عن حرقوص قال : أتت امرأة إلى علي بن أبي طالب فقالت : إن زوجي زنى بجاريتي ، فقال : صدقت ، هي ومالها لي حل ، فقال له علي : اذهب ولا تعد ، كأنه درأ عنه الحد بالجهالة .

ورد في أحكام القرآن لابن العربي :

« شرط في السارق ستة معان منها » :

العقل—لأن من لا يعقل لا يخاطب عقلا ، والبلوغ—لأن من لم يبلغ لا يتوجه إليه الخطاب شرعا ، وبلوغ الدعوة — لأن من كان حديث عهد بالإسلام ولم يثافن «يجالس المسلمين ويلازمهم» حتى يعرف الأحكام ، وادعى الجهل فيما أتى من السرقة والزنا وظهر صدقه ، لم تجب عليه عقوبة كالأب في مال ابنه .

أما من علم تحريم شيء ، وجهل ما يترتب عليه ، لم يفده ذلك كمن علم تحريم الزنا وشرب الخمر وجهل وجوب الحد ، يحد بالاتفاق لأنه كان حقه الامتناع .

وخلاصة القول أن الفقهاء يفرقون بين جهلين :

جهل بالتحريم ، وجهل بعقوبة التحريم .

فالجهل بالتحريم يعفي من العقاب إذا كان حديث عهد بالإسلام ولم يكن مخالطا للمسلمين من قبل . والجهل بالعقوبة ، وذلك بأن يعلم أن الفعل محرم ولكن يجهل عقوبته ، فلا يعفيه جهله من هذه العقوبة [1] .

---

(١) ورد في حاشية الشلبي على الزيلعي : (ص ١٧٨ جزء ٣) .
حد بوطء أمة أخيه وعمه وإن ظن حله ، وذلك لأنه لا شبهة هنا لا في الملك ولا في الفعل لعدم الانبساط « الاشتراك » فلا يعتبر الظن . قال الكمال : ومعنى هذا أنه علم أن الزنا حرام ولكنه ظن أن وطأه هذا ليس زنا محرما فلا يعارض ما في المحيط من قوله شرط وجوب←

العقد على المحرمات جهلا أو قصدا :

إن عقد الشخص بمحرمة عليه بسبب من أسباب التحريم : كزوجة غيره ، أو معتدته ، أو مطلقته الثلاث ، أو أمة على حرة ، أو تزوج مجوسية ، أو أمة بلا إذن سيدها ، أو تزوج العبد بلا إذن سيده ، أو تزوج خمسا في عقده فوطئهن ، أو جمع بين أختين في عقده فوطئهما أو الأخيرة — فإنه لا حد عليه باتفاق الحنفية على الأظهر .

مراعاة المشرع لحال الجاني عند تنفيذ العقوبة :

لما كان الغرض من عقاب الجاني هو ردعه حتى لا يعود إلى الجريمة ومنع الغير عن محاكاته بارتكاب الجريمة ولم يكن الغرض أبدا التنكيل به أو تعذيبه — فإن المشرع راعى حال الجاني إذا كان مريضا أو به مانع يضره إذا نفذت عليه العقوبة .

١ — مرض الجاني :

إذا كان المحكوم عليه مريضاً ووجبت عليه عقوبة : ينظر فإن كان مرضه من الأمراض التي ينتظر أن يشفى منها ، وكان قد وجب عليه حد من الحدود في زنا أو شرب أو سرقة حبس حتى يبرأ ، وذلك لأنه لو أقيم الحد على المريض

← الحد أن يعلم أن الزنا حرام . وإنما ينفيه مسألة الحربي إذا دخل دار الإسلام فأسلم فزنى وقال : ظننت أنه حلال لا يلتفت إليه ويحد وإن كان فعله أول يوم دخل الدار لأن الزنا حرام في جميع الأديان والملك لا يختلف في هذه فكيف يقال إذا ادعى مسلم أصلي أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد ، ولو أراد أن المعنى أن شرط الحد في نفس الأمر علمه بالحرمة في نفس الأمر فإذا لم يكن عالما لا حد عليه كان قليل الجدوى أو غير صحيح لأن الشرع لما أوجب على الإمام أن يحد هذا الرجل الذي ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب في نفس الأمر لأنه لا معنى لكونه واجبا في نفس الأمر إلا وجوبه على الإمام لأنه لا يجب على الزاني أن يحد نفسه ولا أن يقر بالزنا بل الواجب عليه في نفس الأمر بينه وبين الله التوبة والإنابة ثم إذا اتصل بالإمام ثبوته وجب الحد على الإمام .

ربما انضم ألم الجلد إلى ألم المرض فيؤدي ذلك إلى هلاك الجاني — والحد إنما يقام للزجر لا للإهلاك .

وإن كان مرضه لا يرجى شفاؤه واستحكم ذلك المرض فالراجح أنه يقام عليه الحد إذا لم يكن هذا الحد رجماً .

أما الرجم فيقام من بادىء الأمر برغم المرض، لأن الرجم مفروض فيه أنه عقوبة مهلكة فلا يمتنع إقامتها بسبب المرض .

أما عند أبي حنيفة فظاهر طبقاً لرأيه في الشبهة .

وأما عند الصاحبين فلأن الشبهة إنما تنتفي عندهما إذا كان مجمعاً على تحريمه وهي محرمة على التأبيد .

وهذا هو الذي حرره في فتح القدير — وقال : إن الذين يعتمد على نقلهم وتحريرهم كابن المنذر ذكروا أنه إنما يحد عندهما في ذات المحرم لا في غير ذلك كالمجوسية والخامسة والمعتدة، وكذا عبارة « الكافي للحاكم » تفيده حيث قال : تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها فدخل بها لا حد عليه — وإن فعله على علم لم يحد أيضاً ويوجع عقوبة — في قول أبي حنيفة — هي أشد ما يكون من التعزير سياسة لا حداً مقدراً شرعاً .

وقال الصاحبان : إن علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم . فعمم في المرأة على قول أبي حنيفة ثم خص على قول الصاحبين بذوات المحارم .

أما إن ظن الحل فلا يحد بالإجماع ويعزر . فمن استحل ما حرمه الله تعالى على وجه الظن لا يكفر . وإنما الذي يكفر هو من يعتقد الحرام حلالا [١] .

قال في الهداية : ومن تزوج امرأة لا يحل نكاحها قال الكمال : بأن كانت من ذوات محارمه بنسب كأمه وابنته فوطئهما ، لم يجب عليه الحد عند أبي حنيفة وسفيان الثوري وزفر وإن قال : علمت أنها عليّ حرام .

---

(١) انظر ص ٢٣٧ جزء ٣ ابن عابدين .

ولكن يجب المهر ، ويعاقب عقوبة هي أشد ما يكون من التعزير سياسة لا حداً مقدراً شرعاً إذا كان عالماً بذلك .

وإن لم يكن عالماً لا حد عليه ولا عقوبة تعزير . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي ومالك وأحمد يجب حده إذا كان عالماً بذلك [1] .

* * *

لا تعارض إنسانية العقوبة مبدأ المساواة :

روى البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود والنسائي عن عائشه رضي الله عنها قالت :

إن قريشاً أهمهم شأن المخزومية التي سرقت . فقالوا : من يكلم فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقالوا : ومن يجترىء عليه إلا أسامة ابن زيد ، حب رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فكلمه أسامة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتشفع في حد من حدود الله ؟ ثم قام فاختطب ، ثم قال : « إنما أهلك الذين قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد . وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها » .

ولكن المشرع خرج على هذا الأصل العـــام في الأمور الآتية لحكم نبينها : —

أ — في عقوبة التعزير ، فجعله يناسب كل طائفة . فتأديب ذوي الهيئة من أهل العلم والآداب أخف من تأديب أهل البذاء والسفاهة .

---

(١) انظر ص ١٧٩ حاشية الشلبي على الزيلعي ، وانظر تفصيل حجة أبي حنيفة في ص ١٨٠ من نفس المرجع .

قال صلى الله عليه وسلم : « أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود » . وتكون عقوبة من جل قدره بالإعراض عنه ، وتعزير من دونه بزاجر الكلام الذي لا قذف فيه ولا سب . ثم يعدل بمن دون ذلك إلى الحبس الذي ينزلون فيه على حسب رتبهم وبحسب هفواتهم . فمنهم من يحبس يوماً ، ومنهم من يحبس أكثر منه إلى غاية غير مقدرة ثم يعدل بمن دون ذلك إلى النفي والإبعاد إذا تعدت ذنوبه إلى اجتلاب غيره إليها واستضراره بها .

ويجب أن نعلم في هذا الصدد أن المراد بذوي الهيئة هم الصالحون وذوو الأخلاق الفاضلة لا أصحاب الأموال والقوة .

والمراد بأهل البذاء والسفاهة الأشرار الحمقى ، فمن كان من هؤلاء يثقل عليه بالأدب لينزجر وينزجر به غيره .

وسنتكلم بالتفصيل في ذلك عند الكلام على نظرية فردية العقوبة .

ب ــ أخبر الله تعالى أن من جاء من نساء النبي صلى الله عليه وسلم بفاحشة يضاعف لها العذاب ضعفين ، لشرف منزلتهن ، وفضل درجتهن ، وتقدمهن على سائر النساء أجمع ، وكذلك ثبت في الشريعة أنه كلما تضاعفت الحرمات فهتكت تضاعفت العقوبات ، ولذلك ضوعف حد الحر على حد العبد ، والثيب على البكر ، لزيادة الفضل والشرف فيهما على قرينهما .

قال الله تعالى : ــ

« يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين وكان ذلك على الله يسيراً » .

قال مسروق : إن نساء النبي صلى الله عليه وسلم يحدون حدين .

قال ابن العربي : ــ

يا مسروق : لقد كنت في غنى عن هذا ، فإن نساء النبي لا يأتين أبداً

فاحشة توجب حداً ، ولذلك قال ابن عباس : ما بغت امرأة نبي قط ، وإنما خانت في الإيمان والطاعة،ولو أمسك الناس عما لا ينبغي، بل عما لا يعني— لكثر الصواب وظهر الحق .

كذلك عوتب الأنبياء عليهم السلام على أمور لا يؤاخذ بها غيرهم لزيادة النعمة عليهم وسمو مكانتهم عن سائر الناس ، فزيادة النعمة ترتب تغليظ الجريمة وبالتالي تشديد العقوبة .

قال القرطبي :

قال العلماء : لما اختار نساء النبي صلى الله عليه وسلم رسول الله صلى الله عليه وسلم شكرهن الله على ذلك ، فقـــال تكرمة لهن : « لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج » .

وبين حكمهن عن غيرهن فقال: « وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبداً » وجعل ثواب طاعتهن وعقاب معصيتهن أكثر مما لغيرهن فقال : — « يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين . » .

فأخبر تعالى أن من جاء من نساء النبي صلى الله عليه وسلم بفاحشة— والله عاصم رسوله عليه السلام من ذلك كما مر في حديث الإفك — يضاعف لها العذاب ضعفين ، لشرف منزلتهن وفضل درجتهن ، وتقدمهن على سائر النساء أجمع .

وكذلك بينت الشريعة في غير ما موضع أنه كلما تضاعفت الحرمات فهتكت تضاعفت العقوبات . ولذلك ضوعف حد الحر على العبد والثيب على البكر[١] .

ج — ولما كان للعبد أوضاع خاصة فقد وضعت له عقوبات خاصة . عن

(١) انظر ص ١٧٤ جزء ١٤ القرطبي .

أبي هريرة رضي الله عنه ، قال : قضى رسول الله صلى الله وسلم ، أن على العبد نصف حد الحر في الحد الذي يتبعض كزنى البكر ، والقذف ، وشرب الخمر .

وروي عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني قالا : سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن الأمة إذا زنت ، ولم تحصن ؟ قال : ان زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم بيعوها ولو بضفير .

قال محمد بن شهاب : لا أدري أبعد الثالثة أو الرابعة .

وقال مالك رحمه الله : والضفير الحبل .

وقال الجمهور : يرجم العبد كالحر .

أما في حد السرقة فتقطع يده كما تقطع يد الحر وذلك في الأرجح ، وذلك كله في حد العبد ، أما في تعزيره فهو كالحر .

ويلحق بالمرض البرد الشديد أو الحر الشديد الذي يخاف أن يهلك فيه الجاني إذا أقيمت عليه العقوبة . فالقاضي يحبسه إلى أن يزول البرد أو الحر .

كما يلحق بالمريض المرأة النفساء لأنها بمنزلة المريضة .

في رواية أبي داود عن أبي جميلة عن علي قال : فجرت جارية لآل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا علي ، انطلق فأقم عليها الحد ، قال : فانطلقت ، فإذا بها دم يسيل لم ينقطع فأتيته ، فقال : يا علي ، أفرغت ؟ فقلت : أتيتها ودمها يسيل فقال : دعها حتى ينقطع دمها . ثم أقم عليها الحد .

والراجح أنه دم نفاس لا حيض ، لأن الحائض بمنزلة الصحيحة في إقامة الحد عليها ، والنفساء بمنزلة المريضة [1] .

روى مسلم والترمذي : خطب علي بن أبي طالب رضي الله عنه فقال :

---

(١) انظر ص ١٧٤ جزء ٣ الزيلعي .

يأيها الناس أقيموا الحدود على أرقائكم من أحصن منهم ومن لم يحصن . فإن أمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت ، فأمرني أن أجلدها ، فأتيتها فإذا هي حديثة عهد بنفاس . فخشيت إن أنا جلدتها أن أقتلها . فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : أحسنت ، اتركها حتى تماثل .

٢ ـ كبر السن :

إن كان المحكوم عليه شيخاً كبيراً يجب أن توقع عليه عقوبة الجلد بشكل لا يهلكه فيقتصر على ضربه بدرة أو بأداة لا تهلكه .

روى أبو داود والنسائي عن أبي أمامة بن سهل عن بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من الأنصار ، أنه اشتكى رجل منهم حتى أضنى ، فعاد جلده على عظم . فدخلت عليه جارية لبعضهم فهش لها فوقع عليها . فلما دخل عليه رجال قومه يعودونه أخبرهم بذلك . وقال : استفتوا لي رسول الله صلى الله عليه وسلم فإني قد وقعت على جارية دخلت عليّ . فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقالوا : ما رأينا بأحد من الضر مثل الذي هو به ، ولو حملناه إليك لتفسخت عظامه . ما هو إلا جلد على عظم . فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذوا له مائة شمراخ فيضربوه بها ضربة واحدة [١] .

٣ ـ المرأة الحامل :

إن كانت المرأة المطلوب توقيع عقوبة الجلد أو الرجم عليها حبلى حبست حتى تلد لحديث الغامدية .

---

(١) انظر ص ٢٢٩ ابن عابدين الجزء الثالث : إلا أن يقع اليأس من برئه فيقام عليه ، أي أن يضرب ضربا خفيفا يحتمله . ولو كان المرض لا يرجى زواله كالسل أو كان ضعيف الخلقة فعندنا وعند الشافعي يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ دفعة ، وتقدم في الإيمان أنه لا بد من وصول الكل إلى بدنه ، ولذا قيل لا بد أن تكون مبسوطة . والعثكال والعثكول عنقود النخل .

فقد روى في الموطأ كما روى مسلم عن بريدة قال : بعد أن ذكر قصة ماعز : فجاءت الغامدية فقالت : يا رسول الله ، إني قد زنيت فطهرني . وأنه ردها ، فلما كان من الغد قالت : يا رسول الله لم تردني ؟ لعلك أن تردني كما رددت ماعزاً ، والله إني لحبلى . قال : أما لا ، فاذهبي حتى تلدي ، فلما ولدت أتته بالصبي في خرقة . فقالت : هذا قد ولدته . قال : فاذهبي فأرضعيه حتى تفطميه، فلما فطمته أتته بالصبي في يده كسرة خبز . فقالت: هذا يا نبي الله قد فطمته وقد أكل الطعام. فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها وأمر الناس فرجموها، فيقبل خالد بن الوليد بحجر فرمى رأسها فتنضخ الدم على وجه خالد، فسبها ، فسمع نبي الله صلى الله عليه وسلم سبه إياها . فقال : مهلاً يا خالد ، فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له . ثم أمر بها فصلي عليها ودفنت .

ومجرد ادعاء المرأة بأنها حبلى لا يؤخر تنفيذ العقوبة وإنما يعرضها القاضي على أهل الخبرة ـ فإن قلن هي حبلى حبسها حتى تلد ، فإن لم تلد خلال المدة الطبيعية للحمل ، قدر الفقهاء مدة حبسها بسنتين ترجم أو تجلد بعدها للتيقن بعدم حملها [1] .

٤ ـ قطع السارق :

كل مال محرز بلغت قيمته نصاباً إذا سرقه بالغ عاقل لا شبهة له في المال ولا في حرزه قطعت يده اليمنى من مفصل الكف وهو الكوع . فإن سرق مرة ثانية بعد قطعه قطعت رجله اليسرى من مفصل الكعب . فإن سرق ثالثة فقد رأى البعض بأنه لا يقطع بعد ذلك ولكنه يعزر ويحبس حتى يتوب. ويبرر هؤلاء قولهم بما روي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه أُتي بسارق فقطع يده ، ثم أُتي به في الثانية وقد سرق فقطع رجله ، ثم أُتي به في الثالثة وقد سرق فقال لا أقطع : إن قطعت يده ، فبأي شيء يأكل ، وبأي شيء يتمسح ، وإن

(١) انظر ص ٧٣ جزء ٩ المبسوط .

قطعت رجله فبأي شيء يمشي ، إني لأستحي من الله؛ فضربه بخشبة وحبسه .

وروي أن سيدنا عمر أتي بسارق أقطع اليد والرجل وقد سرق نعالا يقال له سدوم ، وأراد أن يقطعه ، فقال له سيدنا علي : إنما عليه قطع يد ورجل ، فحبسه عمر ولم يقطعه .

قال كمال الدين بن الهمام في ذلك :

كان غالبية الفقهاء يفعلون كما فعل علي . وأخرج عن مكحول أن عمر رضي الله عنه قال : إذا سرق فاقطعوا يده ، ثم إن عاد فاقطعوا رجله ولا تقطعوا يده الأخرى وذروه يأكل بها ويستنجي بها ، ولكن احبسوه عن المسلمين . وأخرج عن النخعي أنهم كانوا يقولون : لا يترك ابن آدم مثل البهيمة ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها . وهذا كله قد ثبت ثبوتاً لا مرد له [1] .

اكراه المتهم لحمله على الاعتراف :

من الأمور التي تدل على رعاية الشريعة لحقوق المتهم تلك المناقشات الفقهية التي أثيرت بين الفقهاء كل منهم ينتصر إلى رأي معين ، فالشريعة كما

---

(١) انظر ص ٣١٩ جزء ٣ ابن عابدين .
وتقطع رجله اليسرى من الكعب إن عاد أي بعدما قطعت يمينه ، فإن عاد ثالثا لا يقطع وحبس وعزر بالضرب حتى يتوب — وما روي يقطع ثالثا ورابعا إن صح حمل على السياسة أو نسخ كما فعل أبو بكر الصديق في أقطع اليد والرجل الذي جاءه من اليمن وسرق حليا لأسماء زوجة أبي بكر وقطع شماله بعد اعترافه — رواه الموطأ .
وانظر ص ١٤٠ جزء ٩ المبسوط .
قال إبراهيم النخعي : اختلف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فمنهم من قال : أقطعه حتى آتي على قوائمه كلها يريد به قول أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ، ومنهم من قال : أقطع يده ورجله ثم أحبسه يريد به قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما ، قال : هذا أحب إلي وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله لأن القطع شرع زاجرا لا متلفا ، وفي تفويت منفعة الجنس إتلاف حكمي على ما أشار إليه علي رضي الله عنه .

سنرى تحرم إكراه المتهم لحمله على الاعتراف بجرمه ، فإن اعترف بناء على إكراه فهو اعتراف باطل ويقتص من المكره سواء كان قاضياً أو غيره .

وإنما يرى البعض صحة اعتراف المتهم إذا كان هذا الاعتراف مبنياً على إكراه ، وكان ذلك المتهم من ذوي السيرة السيئة المشهور عنهم ارتكاب الجرائم وذلك رعاية للصالح العام .

وقد فصل ذلك ابن قيم الجوزية ، فقد قسم المتهمين إلى ثلاث فئات : —

الفئة الأولى :

المتهم حسن السير والسلوك الذي لم يسبق اتهامه قبل هذه المرة ، فلا يجوز حبسه ولا ضربه ولا إكراهه ، ولا يجوز عقابه إلا إذا ثبتت مسئوليته بطريقة من طرق الإثبات على سبيل القطع [1] .

الفئة الثانية :

المتهم المعروف بالفجور ، الذي يكون له من سوابقه ما يشهد عليه بذلك ، وقد قال فيه شيخ الإسلام ابن تيمية :

ما علمت أحداً من أئمة المسلمين يقول : إن المدعى عليه في جميع هذه الدعاوى يحلف ويرسل بلا حبس ولا غيره . فليس هذا — على إطلاقه — مذهباً لأحد من الأئمة الاربعة ولا غيرهم من الأئمة . ومن زعم أن هذا — على إطلاقه وعمومه — هو الشرع فقد غلط غلطاً فاحشاً مخالفاً لنصوص رسول الله صلى الله عليه وسلم ولإجماع الأئمة .

ويمثل هذا الغلط الفاحش تجرأ الولاة على مخالفة الشرع ، وتوهموا أن الشرع لا يقوم بسياسة العالم ومصلحة الأمة وتعدوا حدود الله ، وتولد من جهل الفريقين بحقيقة الشرع خروج عنه إلى أنواع من الظلم والبدع والسياسة ،

---

(١) انظر ص ٣٠٢ جزء ٣ ابن عابدين .

جعلها هؤلاء من الشرع ، وجعلها هؤلاء قسيمة ومقابلة له ، وزعموا أن الشرع ناقص لا يقوم بمصالح الناس، وجعل أولئك ما فهموه من العموميات والإطلاقات هو الشرع ، وإن تضمن خلاف ما شهدت به الشواهد والعلامات الصحيحة ، والطائفتان مخطئتان في الشرع أقبح خطأ وأفحشه .

ويسوغ ضرب هذا النوع من المتهمين كما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتعذيب الذي غيب ماله حتى أقر به ، في قصة ابن أبي الحقيق على قول البعض .

وفي قول آخر لا يسوغ ضربه وهو قول أصبغ وآخرين . وقال عمر بن عبد العزيز ومطرف وابن الماجشون : إنه يحبس حتى يموت .

قال ابن قيم الجوزية :

وأما ضرب المتهم إذا عرف أن المال عنده وقد كتمه وأنكره ، فيضرب ليقر به . فهذا لا ريب فيه . فإنه ضرب ليؤدي الواجب الذي يقدر على وفائه . كما في حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم لما صالح أهل خيبر على الصفراء والبيضاء « الذهب والفضة » سأل زيد بن سعيد عم حيي بن أخطب — فقال : أين كنز حيي؟ فقال : يا محمد أذهبته النفقات . فقال للزبير : دونك هذا . فمسه الزبير بشيء من العذاب . فدلهم عليه في خربة . وكان حلياً في مسك ثور . فهذا أصل في ضرب المتهم .

قال ابن حزم : وإنما من صح قبله حق ومنعه فهو ظالم قد تيقن ظلمه فواجب ضربه أبداً حتى يخرج مما عليه ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده إن استطاع ، ولأمره عليه السلام بجلد عشرة فأقل فيما دون الحد ، وذلك فيما صح أنه عنده أو يعلم مكانه » .

الفئة الثالثة :

المتهم المجهول الحال — فهو لا يعرف ببر ولا فجور — فهذا يحبس حتى ينكشف حاله عند عامة علماء الإسلام ، وذلك حتى يتبين للحاكم أمره .

وقد احتجوا على ذلك بحديث رواه أبو داود في سننه وأحمد وغيرهما من حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده : أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس في تهمة .

وقد قال صاحب المبسوط في ذلك :

لما كان القاضي لا يعرف عدالة الشهود فإنه يحبس المدعى عليه حتى يسأل عن المشهود ، وهذا لأنه لو خلى سبيله هرب فلا يظفر بعد ذلك ، ولا وجه إلى أخذ الكفيل منه لأن أخذ الكفيل نوع احتياط ، وحبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير لأنه صار متهماً بارتكاب الفاحشة فيحبسه تعزيراً ، ولهذا لا يحبسه في الديون قبل ظهور عدالة الشهود ، ولأن الحبس أقصى العقوبة هناك فإنه بعد ما ثبت الحق لا يعاقبه إلا بالحبس فلا يجوز أن يفعله قبل ثبوت الحق بخلاف الحدود . فإذا ظهرت عدالة الشهود نظر في أمر الرجل .

كما أخرج أبو داود والنسائي عن أزهر بن عبدالله الحرازي : أن قوماً من الكلاعيين سرق لهم متاع . فاتهموا ناساً من الحاكة ، فأتوا بهم النعمان بن بشير صاحب النبي صلى الله عليه وسلم فحبسهم أياماً ثم خلى سبيلهم . فأتوا النعمان ، فقالوا خليت سبيلهم بغير ضرب ولا امتحان ؟ فقال لهم النعمان : ما شئتم ، إن شئتم أن أضربهم فإن خرج متاعكم فذاك . وإلا أخذت لهم من ظهوركم مثلما أخذت من ظهورهم . فقالوا هذا حكمك ؟ قال : هذا حكم الله ورسوله .

إنما هل يجوز ضرب هذا النوع من المتهمين ؟

قال صاحب المبسوط :

إذا أقر بالسرقة عند العذاب أو عند الضرب أو عند التهديد بالحبس ، فإقراره باطل لحديث ابن عمر رضي الله عنه : ليس الرجل على نفسه بأمين إن جوعت أو خوفت أو أوثقت .

وقال شريح : القيد كره ، والسجن كره ، والوعيد والضرب كره ، وهذا لأن الإقرار إنما يكون حجة لترجيح جانب الصدق فيه ، فلما امتنع عن الإقرار حتى هدد بشيء من ذلك فالظاهر أنه كاذب في إقراره .

وبعض المتأخرين من الحنفية أفتوا بصحة إقرار السارق بالسرقة مع الإكراه لأن الظاهر أن السراق لا يقرون في زماننا طائعين . وسئل الحسن بن زياد رحمه الله : أيحل ضرب السارق حتى يقر ؟ فقال : ما لم يقطع اللحم ولا يبين العظم . وأفتى مرة بجواز ضربه ثم ندم واتبع السائل إلى الأمير فوجده قد ضرب السارق وأقر بالمال وجاء به فقال : ما رأيت جوراً أشبه بالحق من هذا .

كما ورد في المدونة الكبرى :

قلت : أرأيت إذا أقر بشيء من الحدود بعد التهديد أو القيد أو الوعيد أو الضرب أو السجن أيقام عليه الحد أم لا في قول مالك ؟

قال : قال مالك : من أقر بعد التهديد أقيل . فالوعيد والقيد والتهديد والسجن والضرب ، كله تهديد عندي وأرى أن يقال .

قلت : والوعيد والتهديد عند مالك بمنزلة السجن والضرب ؟
قال : قد أخبرتك بقوله في التهديد فما سألت عنه عندي مثله .

قلت : أرأيت إن أقر بعد القيد والضرب ثم ثبت على إقراره ، أيقيم عليه مالك الحد وإنما كان أصل إقراره غير جائز عليه .

قال : لم أسمع من مالك في هذا إلا ما أخبرتك أنه قال : يقال [1] .

٥ ــ معاملة المحبوس في السجن :

قال أبو يوسف للرشيد : لم تزل الخلفاء يا أمير المؤمنين تُجري على أهل السجون ما يقوتهم في طعامهم وأدمهم وكسوتهم في الشتاء والصيف . وأول

---

(١) انظر ص ٩٣ جزء ١٦ المدونة الكبرى .

من فعل ذلك علي بن أبي طالب كرم الله وجهه بالعراق ، ثم فعله معاوية بالشام ، ثم فعل ذلك الخلفاء من بَعْدِه .

وقد وضع عمر بن عبد العزيز نظاماً دقيقاً للسجن يحقق للمسجون كرامته وآدميته .

ورد في كتاب الخراج للقاضي أبي يوسف .

حدثنا بعض شيوخنا عن جعفر بن برقان قال :

« كتب إلينا عمر بن عبد العزيز : لا تدعن في سجونكم أحداً من المسلمين في وثاق لا يَسْتطيع أن يُصَلي قائماً ، ولا يَبيتن في قيد إلا رَجُل مطلوب ، وأجروا عليهم من الصدقة ما يصلحهم في طعامهم وأُدمهم . » فمُر بتقدير ما يقوتهم في طعامهم ، وصيِّر ذلك دراهم تجرى عليهم في كل شهر يدفع ذلك إليهم ، فإنك إن أجريت الخبز ذهب به ولاة السجن والقوام والجلاوزة (الشرطة) .

ولِّ ذلك رجلاً من أهل الخير والصلاح يُثْبت أسماء من في السجن ممن تجري عليهم الصدقة . وتكون الأسماء عنده ، ويدفع ذلك إليهم شهراً بشهر يقف ويدعو باسم رجل يدفع ذلك إليه في يده ، فمن كان منهم قد أطلق خلي سبيله رد ما يجرى عليه ، ويكون للأجراء عشرة دراهم في الشهر لكل واحد ، وليس كل من في السجن يحتاج إلى أن يُجْرى عليه ، وكسوتهم في الشتاء قميص وكساء ، وفي الصيف قميص وإزار .

ويجرى على النساء مثل ذلك ، وكسوتهن في الشتاء قميص ومقنعة وكساء ، وفي الصيف قميص وإزار ومقنعة ، وأغنهم عن الخروج في السلاسل يتصدق عليهم الناس ، فإن هذا عظيم أن يكون قوم من المسلمين قد أذنبوا وأخطئوا وقضى الله عليهم ما هم فيه فحبسوا يخرجون في السلاسل يتصدقون ، وما أظن أهل الشرك يفعلون هذا بأسارى المسلمين الذين في أيديهم . فكيف ينبغي

أن يُفعَل هذا في أهل الإسلام ؟ وإنما صاروا إلى خروج في السلاسل يتصدقون لما هم فيه من جَهْدِ الجوع فربما أصابوا ما يأكلون وربما لم يصيبوا . إن ابن آدم لم يُعَرَّ من الذنوب ، فتفقد أمرهم ومر بالإجراء عليهم مثل ما فسرت لك . ومن مات منهم ولم يكن له ولي ولا قرابة غسل وكفن من بيت المال وصلي عليه ودفن ، فإنه بلغني وأخبرني به الثقات أنه ربما مات منهم الميت الغريب فيمكث في السجن اليوم واليومين حتى يُستأمر الوالي في دفنه وحتى يجمع أهل السجن من عندهم ما يتصدقون ويكترون من يحمله إلى المقابر فيدفن بلا غسل ولا كفن ولا صلاة عليه ، فما أعظم هذا في الإسلام وأهله .

ولو أمرت بإقامة الحدود لقل أهل الحبس ولخاف الفساق وأهل الدعارة وتناهوا عما هم عليه . وإنما يكثر أهل الحبس لقلة النظر في أمرهم ، إنما هو حبس وليس فيه نظر . فمر ولاتك جميعاً بالنظر في أمر أهل الحبس في كل أيام ، فمن كان عليه أدب أُدِّب وأطلق ، ومن لم يكن له خلي عنه . »

٦ ــ عقاب المجرم تطهير له :

الراجح أن المذنب إذا عوقب أو اقتص منه في الدنيا لا يعاقب ولا يقتص منه في الآخرة لقوله عليه الصلاة والسلام : من أذنب ذنباً فعوقب به في الدنيا لم يعاقب به في الآخرة .

وعن الترمذي عن علي بن أبي طالب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أصاب حدا فعجل عقوبته في الدنيا ، فالله أعدل من أن يثني على عبده في الآخرة . ومن أصاب حدا فستره الله عليه ، فالله أكرم من أن يعود في شيء قد عفا عنه .

وهناك قول بأن الطهرة من الذنب لا تحصل بإقامة الحد بل بالتوبة . ولهذا يقام الحد على كره منه ، ويشجع المعاقب على التوبة حتى يطهر من الذنب.

* * *

مما تقدم نلحظ أن الشريعة حفظت للإنسان كرامته وآدميته ولو كانت قد أعمته الشهوات واستبدت به الأهواء فضل سواء السبيل وانحرف إلى مرتبة الجريمة ومال نحوها ، فتارة تأخذ بيده تشجعه على التوبة إلى الله تعالى ، وتارة تدعو الناس إلى التستر عليه ، فإن عوقب كانت رحيمة به ، إن كان شيخاً فانياً أو مريضاً لا يحتمل ألم العقوبة ، فإن كان الرجل ليس من أهل الإجرام أو الفجور حرم حبسه أو إهانته حتى تثبت عليه التهمة فقد تكون الشبهات نحوه في غير موضعها . أما إن كان من الأشرار المفسدين في الأرض الذين يثبت سعيهم بالفساد يوجع عقوبة حتى يرتدع وينزجر به غيره .

* * *

المبحث الثالث

نظرية فردية العقاب

العقوبة هي جزاء وضعه الشارع للردع عن ارتكاب ما نهى عنه وترك ما أمر به ، فهي جزاء « مادي أو أدبي »[1] مفروض سلفاً يجعل المكلف يحجم عن ارتكاب الجريمة ، فإذا ارتكبها زجر بالعقوبة حتى لا يعاود الجريمة مرة أخرى كما يكون عبرة لغيره . فالعقوبات موانع قبل الفعل زواجر بعده ، أي العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع من العودة إليه .

فردية العقوبة في الفقه الغربي :

إن الشارع إذا أراد رسم سياسة محكمة رشيدة للعقاب يتعين عليه أن يوجه عنايته بصفة خاصة إلى أن يجعل العقاب متلائماً مع حالة كل مجرم وظروفه الخاصة ، أي ما كان داخلاً في نطاق ما يصح أن يقال له تفريد العقاب .

---

(١) الجزاء الأدبي : كتوجيه قارص القول على وجه التعزير .

وأهم مظاهر تفريد العقاب كما هي واضحة في القانون الوضعي تنحصر في :—

١ — تشديد العقاب : ويكون ذلك بأن يترك للقاضي التشديد في حدود السلطة المخولة له بتوقيع عقوبة بين الحدين الأعلى والأدنى اللذين نص عليهما المشرع وهو ما يسمى بالظروف القضائية المشددة .

أو بأن يميز الشارع طائفة بعينها بعقوبات خاصة « فئة المجرمين العائدين » .

٢ — وقف تنفيذ العقوبة : ويكون ذلك بالنسبة للجاني الذي يرجى صلاحه.

٣ — تخفيف العقاب : ويكون ذلك بأن يترك المشرع للقاضي التخفيف بالنسبة لحالة الجاني وهو ما يسمى بالظروف القضائية المخففة ، أو أن ينص من بادىء الأمر على أعذار قانونية مخففة كصغر السن .

٤ — الاستعاضة عن العقاب بوسائل إصلاح ووقاية : كمعاملة المجرمين معتادي الإجرام أو المجرمين الأحداث معاملة خاصة .

٥ — الإعفاء من العقاب : وهي خطة يتبعها المشرع حيال المجرم في بعض الحالات تقديراً لأعذار شتى [١] .

فردية العقوبة في الفقه الإسلامي :

نستطيع أن نلمس في القانون الجنائي الإسلامي مبدأ الفردية :

أولا — في القصاص والحدود :

تشديد العقوبة :

أ — بالنسبة لجسامة الضرر المترتب على الجريمة :

فحد قاطع الطريق هو قطع يده ورجله من خلاف إن أخذ المال ولم يقتل ،

(١) انظر ص ٩٧ ، ٩٨ من موجز في العقوبات ومظاهر تفريد العقاب للدكتور علي أحمد راشد .

والقتل إن قتل ولم يأخذ المال ، والقتل أو الصلب بعد قطع اليد والرجل أو دون قطع إن أخذ المال وقتل، والنفي إن أخاف دون أن يأخذ مالا أو يقتل نفساً .

وقد قال « ابن تيمية » في قطاع الطريق :

« هم قطاع الطرق الذين يعترضون الناس بالسلاح في الطرقات ونحوها ليغصبوهم المال ، مجاهرة ، من الأعراب والتركمان والفلاحين وفسقة الجند أو مردة [1] الحاضرة أو غيرهم » .

ولو شهروا السلاح في البنيان لا في الصحراء لأخذ المال ، فقد قيل إنهم ليسوا محاربين بل هم بمنزلة المختلس والمنتهب، لأن المطلوب يدركه الغوث إذا استغاث بالناس .

وقال أكثر الفقهاء : إن حكمهم في البنيان والصحراء واحد ، وهذا قول مالك في المشهور عنه والشافعي وأكثر أصحاب أحمد وبعض أصحاب أبي حنيفة ، بل هم في البنيان أحق بالعقوبة منهم في الصحراء لأن البنيان محل الأمن والطمأنينة ، ولأنه محل تناصر الناس وتعاونهم ، فإقدامهم عليه يقتضي شدة المحاربة والمغالبة ، ولأنهم يسلبون الرجل في داره جميع ماله ، والمسافر لا يكون معه غالباً إلا بعض ماله .

وهذا هو الصواب ، لا سيما هؤلاء المحترفون الذين تسميهم العامة في الشام ومصر (المنسر) وكانوا يسمون ببغداد (العيارين) . ولو حاربوا بالعصي والحجارة المقذوفة بالأيدي أو المقاليع ونحوها ، فهم محاربون أيضاً [2] .

كذلك جريمة الردة في الدين الإسلامي ترتب آثاراً خطيرة في المجتمع ،

---

(١) المردة هم الذين بلغوا الغاية من العتو ومجاوزة الحد في الشر . والمحارب كما يكون ذكرا قد يكون أنثى أيضا .

(٢) انظر ص ٢٧٥ فتح القدير جزء ٤ . وانظر ص ٨٩ السياسة الشرعية لابن تيمية .

ففيها شيء من المماثلة لجريمة تغيير النظـام الاجتماعي في الفقه الغربي كالفوضى وغيرها من المذاهب الهدامة فكلتاهما لها أثرها في المجتمع ، لذلك كان المشرع الإسلامي حريصاً على تشديد العقاب على مرتكبها ، فمن يكفر بعد إسلامه فجزاؤه القتل .

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه » وقال : « لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس [1] » .

ب ــ بالنسبة لدناءة البواعث التي دفعت المجرم لارتكاب الجريمة :

فمن زنى بذات محرم تشدد عليه العقوبة .

عن الترمذي والنسائي وأبي داود أن البراء بن عازب رضي الله عنه قال : مر بي خالي أبو بردة بن نيار ومعه لواء فقلت : أين تريد ؟ فقال : بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل تزوج امرأة أبيه ، أن آتيه برأسه .

وعن عبدالله بن عباس : أن الرسول قال : من وقع على ذات محرم فاقتلوه [2] .

فالأصل في جريمة الزنا في الشريعة أن عقوبة من يرتكبها إن كان غير محصن « أي لم يسبق زواجه » الجلد مائة جلدة والنفي مدة عام ، وإن كان محصناً فجزاؤه الرجم « أي القتل رجماً بالحجارة » إلا أنه في الحالة التي ورد بها الحديث أتى الرجل فاحشة تخالف النواميس الطبيعية فكان جزاؤه القتل بصرف النظر عما إذا كان محصناً أم غير محصن .

ج ــ بالنسبة لصفة خاصة في الجاني :

إن الجريمة كما تتغلظ عليها العقوبة باجتماع الموانع تتغلظ العقوبة باجتماع

---

(١) انظر المسئولية الجنائية في الفقه الإسلامي للمؤلف ص ٨١ وما بعدها .

(٢) انظر جامع الأصول من أحاديث الرسول لابن الأثير جزء ٤ ص ٢٧٥ .

النعم ، ولهذا هدد الله تعالى نساء النبي صلى الله عليه وسلم بضعف ما هدد به غيرهن [1] . قال تعالى : « يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين وكان ذلك على الله يسيراً » .

كما أن الإحصان يجعل عقوبة الزاني الرجم لا الجلد الذي هو عقوبة الزاني غير المحصن .

والإحصان في اللغة عبارة عن الدخول في الحصن ، يقال أحصن : أي دخل الحصن ، كما يقال أعرق أي دخل العراق ، وأشأم : أي دخل الشام ، ومعناه دخل حصناً عن الزناً ، وإنما يصير الإنسان داخلاً في الحصن عن الزنا عند توافر الموانع وأهمها النكاح الصحيح .

ويجب أن نعلم أن حصول الوطء بنكاح صحيح شرط لحصول صفة الإحصان ، ولا يجب بقاؤه لبقاء الإحصان ، حتى لو تزوج في عمره مرة بنكاح صحيح ودخل بها ثم زال النكاح وبقي مجرداً وزنى يجب عليه الرجم .[2]

قال الشاعر :

شروط إحصان أتت ستــة	فخذها من النظم مستفهما
بلوغ [3] وعقل وحريـــة	ورابعها كونه مســـلما
وعقــد صحيح ووطء مباح	متى اختل شرط فلن يرجما

د ــ بالنسبة لوحشية الوسائل :

(1) انظر ص ٤٠ جزء ٩ المبسوط . قد عوتب الأنبياء عليهم السلام على أمور لا يؤاخذ بها غيرهم لزيادة النعمة عليهم وسمو مكانتهم عن سائر الناس ، والحر يقام عليه الحد الكامل ولا يقام على العبد لزيادة نعمة الحرية في حق الحر مع أن بدن العبد أكثر احتمالا للحد من بدن الحر ــ فزيادة النعمة ترتب تغليظ الجريمة وبالتالي تشديد العقوبة .

(2) انظر ص ٦٣ جزء ٢ الدرر الحكام .

(3) انظر ص ٣٩٤ جزء ٢ حاشية شرح تنوير الأبصار ، ص ٢٩ جزء ٩ المبسوط .

إن مبدأ القصاص كفيل بأن تشدد العقوبة على الجاني بالكيفية التي آذى بها المجني عليه .

قال الله تعالى :

« وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص » .

وقال تعالى :

« كتب عليكم القصاص في القتلى » .

إن المجرم إذا عرف أنه سيؤخذ بجرمه ويفعل فيه ما فعل بغريمه ، قد يبعده ذلك عن ارتكاب الجريمة ، فمن قصد قتل إنسان رده عن ذلك علمه بأنه يقتل بمثل ما قتله به .

قال الشافعي : يفعل بالجاني مثل ما فعل ، فإن قطع يده فمات تقطع يده بنفس الطريقة فإن مات في المدة التي مات الأول فيها وإلا تحز رقبته [1] .

وكما شدد المشرع الوضعي العقوبة على كل من قتل نفساً عمداً مع سبق إصرار أو ترصد فجعل عقوبته الإعدام ، لحظ هذا الأمر من قبله المشرع الإسلامي فرأى أن القاتل قد يكون عاتياً ظالماً ويظهر قصده واضحاً جلياً خبيثاً دنيئاً ، كقتل الغيلة . وهو أن يضجع المجني عليه فيذبحه أو يقتله على أي وجه لأخذ ماله [2] .

وفرضوا لذلك عقوبة خاصة أشد من العقوبة العامة للقتل : التي هي القصاص أو الدية أو العفو ، في هذه الحالة ليس لولي المقتول أن يعفو عن القاتل غيلة ويترك ذلك القاتل للسلطان ينفذ فيه ما يشاء من عقوبة . وهو رأي

---

(١) رأي الحنفية أن القصاص يستوفى بالسيف .

(٢) ورد في ص ١١٦ جزء ٧ المنتقى شرح الموطأ : وأصحابنا يوردونه على وجهين : أحدهما القتل على وجه التحيل والخديعة . والثاني : على وجه القصد الذي لا يجوز عليه الخطأ .

المالكية . كما قال مالك والليث : لا يقتل المؤمن بالكافر إلا أن يقتله غيلة .

وسأل محمد بن حزم في كتابه « المحلي » :

هل للولي عفو في قتل الغيلة أو الحرابة ؟ قال : اختلف الناس في هذا ، فقالت طائفة لا عفو في ذلك للولي . عن أبي الزناد عن أبيه أنه قال : في قتل الغيلة إذا أبلغ الإمام فليس لولي المقتول أن يعفو وليس للإمام أن يعفو وإنما هو حد من حدود الله (١) .

ه — أما بالنسبة للمجرم العائد الذي يتكرر منه الإجرام فقد توافرت النصوص على التشديد عليه .

فالسارق تقطع يده اليمنى في السرقة الأولى ، وتقطع الرجل اليسرى في السرقة الثانية ، ولا يقطع بعد ذلك ، ولكنه يضمن السرقة ويعزر ويحبس حتى يتوب إن ارتكب سرقات أخرى — وهذا عند الحنفية .

وعند الشافعي ، الأطراف الأربعة هي محل للقطع ، فإن سرق مرة خامسة عزر — وهو رأي أحمد ومالك .

وعند عطاء وعمرو بن العاص وعبدالله بن عمر وعمر بن عبد العزيز ، إن سرق الخامسة قتل .

وفي شارب الخمر ، تواردت الروايات على أن شارب الخمر يقتل في الرابعة . عن الترمذي وأبي داود عن معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد في الرابعة فاقتلوه (٢) . ثم نسخ القتل .

---

(١) انظر ص ٥١٨ ، ٥١٩ المحلي جزء ١ وانظر ص ١٢٣ جزء ٧ المنتقى فيمن يعفو عن قاتله قبل قتله و إن ذلك جائز إلا في قتل الغيلة .

(٢) انظر مختلف روايات هذا الحديث ص ٣٣٢ وما بعدها في نفس المرجع .

تخفيف العقوبة :

يراعي المشرع دائماً ظروف الجاني ، فالسارق إذا كان فقيراً أو سرق ليأكل لا تقطع يده بل يعاقب بعقوبات أخرى أخف ، كما أن الآثار وردت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لا يقطع إلا فيما زاد ثمنه على حد معين .

روى الترمذي وأبو داود والنسائي عن عبدالله بن عمرو بن العاص « أن رسول الله صلى عليه وسلم سئل عن الثمر المعلق ؟ فقال : من أصاب بفيه من ذي حاجة ، غير متخذ خبنة [1] فلا شيء عليه » [2] .

كما روي عن البخاري ومسلم والترمذي وأبي داود والنسائي وفي الموطأ عن عائشة قالت : لم تقطع يد سارق على عهد النبي صلى الله عليه وسلم في أدنى من ثمن المجن : « ترس أو حجفة » [3] وكان كل واحد منهما ذا ثمن . وفي رواية أخرى لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً . وعن أبي داود والنسائي عن عبدالله بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أول من قطع في مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم .

وقف تنفيذ العقوبة :

وقد يصل الأمر أن يوقف تنفيذ العقوبة للأسباب التي سنوردها فيما بعد :

روي عن الإمام مالك في الموطأ :

أن رقيقاً لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها . فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب، فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم، ثم قال

---

(١) الخبنة : ما تحمله في حضنك أو تحت إبطك . وقيل : هو أن تأخذ في خبنة ثوبك وهو ذيله وأسفله .

(٢) انظر ص ٣١٩ جزء ٤ جامع الأصول .

(٣) المجن : هو ما يستتر به في الحرب ، فإن كان من جلد وخشب وعقد فهو الترس ، وإن كان من جلد فقط فهو الحجفة .

عمر : أراك تجيعهم ، ثم قال : والله لأغرمنك غرماً يشق عليك، ثم قال للمزني : كم ثمن ناقتك ؟ فقال المزني : قد كنت والله أمنعها من أربعمائة د هم . فقال عمر : أعطه ثمانمائة درهم[1]. وفي رواية قال عمر لعبد الرحمن بن حاطب : أما لولا أني أظنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى لو وجدوا ما حرم الله لأكلوه لقطعتهم ولكن والله إذ تركتهم لأغرمنك غرامة توجعك .

ومن هذا الأثر نرى أن الفاروق فهم من تشريع قطع اليد أنه عقوبة رادعة لمن يرتكب هذه الجريمة من غير حاجة تلجئه إلى الاعتداء على مال الغير . وحين تبين له أن هؤلاء الغلمة اضطروا لما اجترحوا بسبب ما نالهم من الجوع والحرمان ، لم ير أن يمضي عليهم حد السرقة[2] .

ولا قطع في عام السنة ، وهي زمان القحط ، لأن الضرورة تبيح التناول من مال الغير بقدر الحاجة فيمنع ذلك وجوب القطع لما روي عن مكحول رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا قطع في مجاعة مضطر ، وذكر عن الحسن عن رجل قال : رأيت رجلين مكشوفين ولحماً فذهبت معهم إلى عمر رضي الله عنه فقال صاحب اللحم : كانت لنا ناقة عشراء ننتظرها كما ينتظر الربيع فوجدت هذين قد اجتزراها . فقال عمر رضي الله عنه : هل يرضيك من ناقتك ناقتان عشراوان مربعتان ، فإنا لا نقطع في العذق ولا في عام السنة . وكان ذلك في عام السنة . والعشراء هي الحامل التي أتى عليها عشرة أشهر وقرب ولادها فهي أعز ما يكون عند أهلها ينتظرون الخصب والسعة بلبنها . ومعنى ذلك لا قطع في عام السنة للضرورة والمخمصة، وقد كان عمر رضي الله عنه في عام السنة يضم إلى أهل كل بيت أهل بيت آخر ويقول : لن يهلك الناس على أنصاف بطونهم فكيف نأمر بالقطع فيه ؟[3] .

---

(١) انظر ص ٢٢٠ جزء ٢ الموطأ « باب القضاء في الضواري والحريسة » .

(٢) انظر ص ٦٩ تاريخ الفقه الاسلامي للمرحوم الدكتور محمد يوسف موسى جزء أول .
وقال يحيى : سمعت مالكا يقول : وليس على هذا العمل عندنا في تضعيف القيمة ولكن مضى أمر الناس عندنا على أنه إنما يغرم الرجل قيمة البعير والدابة يوم أخذها .

(٣) انظر ص ١٤٠ جزء ٩ المبسوط. والعذق بكسر العين ، الكباسة : أي سباطة البلح .

ثانيا ـ في التعزير :

التعزير ميدان واسع لتفريد العقوبة ، وسبب ذلك يرجع إلى : —

١ ـ أنه أنواع : فمنه ما يكون بالتوبيخ وبالزجر بالكلام ، ومنه ما يكون بالحبس ، ومنه ما يكون بالضرب ، ومنه ما يكون بالنفي عن الوطن ، ومنه ما يكون بالقتل ، ومنه ما يكون بإتلاف المال .

٢ ـ أنه يناسب كل طائفة : فتأديب ذوي الهيئة من أهل الصيانة أخف من تأديب أهل البذاء والسفاهة لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود » . ويكون تعزير من جل قدره بالإعراض عنه ، وتعزير من دونه بزاجر الكلام ، وغاية الاستخفاف الذي لا قذف فيه ولا سب ، ثم يعدل بمن دون ذلك إلى الحبس الذي ينزلون فيه على حسب رتبهم ، وبحسب هفواتهم ، فمنهم من يحبس يوماً ، ومنهم من يحبس أكثر منه إلى غير غاية مقدرة ، ثم يعدل بمن دون ذلك إلى النفي والإبعاد إذا تعددت ذنوبه إلى اجتلاب غيره إليها واستضراره بها .

٣ ـ وأنه يردع الجاني دون أن يهلكه غالباً ، وفيه عظة للغير .

وبذلك يكون فيه مقومات العقوبة الحديثة ، فهو يترك للقاضي مجالاً واسعاً في تقدير العقوبة ونوعها دون أن يهمل شخص الجاني وهل هو من نوع المجرم بالمصادفة أم العريق في الإجرام .

٤ ـ يجوز للقاضي أن يضم الحبس إلى التعزير بالضرب إذا رأى فيه مصلحة ، وهذا لأنه يصلح تعزيراً ابتداء حتى جاز الاكتفاء به .

ويجب أن نعلم في هذا الصدد أن المراد بالرفيع ذي الجاه من كان من أهل العلوم والآداب لا المال والقوة .

والمعتبر في الدنيء الجهل والجفاء والحماقة ، فمن كان من أهل الشر يثقل بالأدب لينزجر وينزجر به غيره [1] .

---

(١) انظر تبصرة الحكام لابن فرحون ص ٢٠٨ جزء ٢ .

أنواع التعزير :

قد يعزر بالحبس، وقد يعزر بالضرب، وقد يعزر بتسويد الوجه وإركابه دابة مقلوباً ، كما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أمر بذلك في شاهد الزور، فإن الكاذب سود الوجه فسود وجهه، وقلب الحديث فقلب ركوبه.

وليس لأقل التعزير حد ، بل هو بكل ما فيه إيلام للإنسان من قول أو فعل أو ترك، فقد يعزر الرجل بوعظه وتوبيخه والإغلاظ له، وقد يعزر الرجل بهجره وترك السلام حتى يتوب إذا كان ذلك هو المصلحة كما هجر النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه الثلاثة الذين خلفوا: وهم كعب بن مالك ومرارة بن الربيع وهلال بن أمية، تخلفوا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة تبوك فأمر باعتزالهم ثم صفح عنهم بعد نزول القرآن في قبول توبتهم . وقد يعزر بعزله عن ولايته كما كان النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه يعزرون بذلك ، وقد يعزر بترك استخدامه في جند المسلمين ، كالجندي المقاتل إذا فر عن الزحف ، فإن الفرار من الزحف من الكبائر ، وترك استخدامه تعزير له ، وكذلك الأمير إذا فعل ما يستعظم ، فعزله من الإمارة تعزير له [1] .

الفرق بين الحد والتعزير :

أولاً ـ إن الحد مقدر شرعاً والتعزير غير مقدر شرعاً ، بل قد اتفقوا على عدم تحديد أقله ، واختلفوا في تحديد أكثره .

فعند المالكية هو غير محدود بل بحسب الجناية والجاني والمجني عليه . وفي تبصرة ابن فرحون قال المازري في بعض الفتاوى : وأما تحديد العقوبة فلا سبيل إليه عند أحد من أهل المذهب، وقال في المعلم: ومذهب مالك أنه يجيز في العقوبات فوق الحد، وقال فيه أيضاً: وشهود المذهب أن يزاد على

---

(١) انظر ص ١٢١ ابن تيمية في السياسة الشرعية ، وانظر قصة الثلاثة كاملة في سيرة ابن هشام جزء ٢ ص ٣٢٢ طبعة سنة ١٩١٤ م .

الحدود ، وقد أمر مالك بضرب رجل وجد مع صبي قد ضمه إلى صدره فضربه أربعمائة فانتفخ ومات ولم يستعظم مالك ذلك .

وحجتهم : —

١ — إجماع الصحابة — فإن معن بن زائدة زور كتاباً على عمر رضي الله عنه ونقش خاتماً مثل نقش خاتمه فجلده مائة فشفع فيه قوم فقال : —

أذكرتموني الطعن وكنت ناسياً، فجلده مائة أخرى ، ثم جلده بعد ذلك ، مائة أخرى ولم يخالفه أحد، فكان ذلك إجماعاً . وفي التبصرة قال المازري: وضرب عمر رضي الله عنه معناً أكثر من الحد .

٢ — أن الأصل مساواة العقوبات للجنايات ، وقال أبو حنيفة : لا يجاوز بالتعزير أقل الحدود وهو أربعون حد العبد ، بل ينقص منه سوط ، وللشافعي في ذلك قولان ، وفي التبصرة بقول أبي حنيفة قال الشافعي — وقال أيضاً لا يبلغ عشرين، وفيها أيضاً ولم يزد أحمد بن حنبل في العقوبات على العشرة .

واحتجوا بما في الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تجلدوا فوق عشر جلدات في غير حد من حدود الله » وأجاب المالكية عنه بأجوبة منها :

(أ) أن لفظ الحدود في لفظ الشرع ليس مقصوراً على الزنا وشبهه، بل لفظ الحدود في عرف الشرع متناول لكل مأمور به ومنهي عنه ، فالتعليق على هذا من جملة حدود الله ، والمراد بغير حدود الله في الحديث جلد غير المكلفين كالصبيان والمجانين .

وعبارة المعلم كما في التبصرة ، وتأول المالكية الحديث على أن المراد بقوله في غير حد ، أي في غير حق من حقوق الله تعالى وإن لم يكن من المعاصي المقدر حدودها لأن المعاصي كلها من حدود الله تعالى .

(ب) ومنها أن الحديث مقصور على زمنه عليه الصلاة والسلام لأنه كان

يكفي الجاني منه هذا القدر كما في المعلم ــ وهو محمول على طباع السلف رضي الله عنهم . كما قال أنس : « إنكم لتأتون أموراً هي في أعينكم أدق من الشعر وإن كنا لنعدها من الموبقات [1] . » فكان يكفيهم قليل التعزير ، ثم تتابع الناس في المعاصي حتى زوروا خاتم عمر رضي الله عنه وهو معنى قول عمر ابن عبد العزيز: تحدث للناس أقضية على قدر ما أحدثوا من الفجور ، ولم يرد رضي الله عنه نسخ حكم بل المجتهد فيه ينتقل له الاجتهاد لاختلاف الأسباب .

ثانياً ــ اتفق الفقهاء أن من واجب الأئمة إقامة الحدود وتنفيذها ، واختلفوا في التعزير :

رأي المالكية والحنفية :

فقال مالك وأبو حنيفة : إن كان التعزير لحق الله تعالى وجب كالحدود وتقديره موكول للإمام ، فإن غلب على ظنه أن توجيه قارص القول أجدى من الضرب فعل . وإن كان لحق آدمي لم يجب .

وفي تبصرة ابن فرحون : فإن تجرد التعزير عن حق آدمي وانفرد به حق السلطة كان لولي الأمر مراعاة حكم الأصلح في العفو والتعزير وله التشفيع فيه.

روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: « اشفعوا إليّ ويقضي الله على لسان نبيه ما يشاء » .

قال : فلو تعافى الخصمان عن الذنب قبل الترافع إلى ولي الأمر سقط؛ حق الآدمي .

وفي حق الدولة والخلق والأدب وجهان : أظهرهما عدم السقوط ، فله مراعاة الأصلح من الأمرين ، وفي الأصلح أنه لا يسقط التعزير بإسقاط ما وجب بسببه ولو نص على العفو والإسقاط ويسقط بإسقاطه ضمناً ، كما إذا

(١) رواه البخاري بهذا المعنى .

عفا مستحق الحد عن الحد قبل بلوغ الإمام إذ ليس للإمام التعزير والحالة هذه لاندراجه في الحد الساقط، وقيل لا يسقط، إذ وجوب التعزير المقترن بالحد لمجرد حق الدولة فلا ينبغي سقوطه بإسقاط الحد من حقوق الدولة . قال : فلو كان الخصمان المتنازعان والداً وولداً فلا حق للولد في تعزير والده، ويختص تعزيره بحق الدولة، فلولي الأمر فعل أحد الأمرين، وتعزير الولد مشترك بين حقي الوالد والدولة .

رأي الشافعية :

وقال الشافعي : هو غير واجب على الإمام إن شاء أقامه وإن شاء تركه مطلقاً، محتجاً بوجهين :

١ – ما في الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يعزر الأنصاري الذي قال له في حق الزبير في أمر السقي « إن كان ابن عمتك » يعني فسامحه . ويرد أصحاب الرأي المخالف أنه حق لرسول الله صلى الله عليه وسلم فجاز له تركه بخلاف حق الله تعالى لا يجوز له تركه كقوله تعالى « كونوا قوامين بالقسط » فإذا قسط فتجب إقامته .

٢ – أنه غير مقدر فلا يجب، كضرب الأب والمعلم والزوج .

والرد على هذا أن غير المقدر قد يجب كنفقات الزوجات والأقارب ونصيب الإنسان في بيت المال غير مقدر وهو واجب.

ثالثاً – أن الحدود وإن جرت على الأصل والقاعدة من اختلاف العقوبات باختلاف الجنايات من جهة أن الشارع جعل حد الزنا مائة، وحد القذف ثمانين، وحد السرقة القطع، وحد الحرابة القتل، إلا أنها جرت على خلاف الأصل المذكور في مسائل منها : –

١ – أن المشرع سوّى في الحد بين سرقة دينار وسرقة ألف دينار .

٢ — أنه سوى في الحد بين شارب قطرة من الخمر وشارب جرة مع اختلاف مفاسدها .

٣ — أنه جعل عقوبة الحر والعبد سواء مع أن حرمة الحر أعظم لجلالة مقداره بدليل رجم المحصن دون البكر لعظم مقداره ، مع أن العبيد إنما ساوت الأحرار في السرقة والحرابة لتعذر التجزئة بخلاف الجلد .

٤ — أنه سوى بين الجرح البسيط الساري للنفس والعظيم في القصاص مع تفاوتهما .

٥ — أنه سوى بين قتل الرجل العالم الصالح التقي الشجاع البطل والوضيع .

وأما التعزير فهو على وفق الأصل المذكور أبدا فيختلف دائما باختلاف الجنايات . قال ابن فرحون في التبصرة : ولا يختص بفعل معين ولا قول معين . ونذكر من ذلك بعض ما وردت به السنة : —

أ — أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عزر الثلاثة الذين ذكرهم الله تعالى في القرآن الكريم بالهجر؛ فهجروا خمسين يوما لم يكلمهم أحد، وقصتهم مشهورة .

ب — أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حلق رأس نصر بن حجاج ونفاه من المدينة لما تغزل النساء به في الأشعار وخشي الفتنة بها .

ج — ما فعله صلى الله عليه وسلم بالعرنيين .

د — أمره صلى الله عليه وسلم للمرأة التي لعنت ناقتها أن تخلي سبيلها (١) .

هـ — أن أبا بكر رضي الله عنه استشار الصحابة في رجل ينكح كما تنكح النساء فأشاروا بحرقه بالنار ، فكتب أبو بكر بذلك إلى خالد بن الوليد ، ثم حرقهم عبد الله بن الزبير في خلافته ثم حرقهم هشام بن عبد الملك، وهو

---

(١) المشهور أن الأمر في هذه القصة فردي لم يعرف العمل به .

رأي ابن حبيب ذكره في مختصر الواضحة .

و ــ أن أبا بكر حرق جماعة من أهل الردة .

ز ــ إباحته صلى الله عليه وسلم كسر دنان الخمر وشق ظروفها .

إلى غير ذلك من المسائل المذكورة في كتب الفقه .

رابعاً ــ أن الحدود المقدرة لم توجد في الشرع إلا في معصية .

بخلاف التعزير فإنه تأديب يتبع المفاسد وقد لا يصحبها العصيان في كثير من الصور ، كتأديب الصبيان والمجانين استصلاحا لهم على عدم المعصية . قيل : ومن هنا يبطل على الشافعي قوله في الحنفي : إذا شرب النبيذ مما لم يسكر أحدّه، وأقبل شهادته ، أما حده فللمفسدة الحاصلة من التوسل لإفساد العقل ، وأما قبول شهادته فلأنه لم يعص بناء على صحة التقليد عنده . قال : والعقوبات تتبع المفاسد لا المعاصي فلا تنافي بين عقوبته وقبول شهادته [1] .

خامساً ــ أن الحدود لا تسقط بحال ، بخلاف التعزير فإنه قد يسقط وإن قلنا بوجوبه ، قال إمام الحرمين [2] : إذا كان الجاني من الصبيان والمكلفين قد جنى جناية حقيرة والعقوبة الصالحة لها لا تؤثر فيه ردعا والعظيمة التي تؤثر فيه لا تصلح لهذه الجناية ــ سقط تأديبه مطلقا .

أما العظيمة فلعدم موجبها ، وأما الحقيرة فلعدم تأثيرها .

---

(١) لنا رأي في ذلك أوضحناه في مؤلفنا «العقوبة في الفقه الإسلامي» الطبعة الثالثة ص١٣٣. وهو أن التعزير لا يكون إلا في معصية .

(٢) إمام الحرمين هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني أبو المعالي الملقب بإمام الحرمين : أعلم المتأخرين من أصحاب الشافعي ، ولد في جوين من نواحي نيسابور سنة ٤١٩ هـ ورحل إلى بغداد فمكة حيث جاور أربع سنين وذهب إلى المدينة فأفتى ودرس وقد توفي سنة ٤٧٨ هـ .

قال ابن الشاط[1] : وبيان ضعف قول إمام الحرمين : إن الجناية الحقيرة تسقط عقوبتها بلا بطلانه، أن قوله العقوبة الصالحة لها لا تؤثر فيه ردعا قول متناف من جهة أنه لا معنى لكون العقوبة صالحة للجناية إلا أنها تؤثر فيها العادة الجارية ردعا ، فإن كانت بحيث لا تؤثر ردعا فليست بصالحة لها ، هذا أمر لا خفاء به ولا إشكال .

سادساً — أن التعزير يسقط بالتوبة ، ما علم في ذلك خلاف ، والحدود لا تسقط بالتوبة عن البعض إلا في الحرابة والردة فإنهما يسقط حدهما بالتوبة إجماعا ، لقوله تعالى : « إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » . ولقوله تعالى : « قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » .

ولا يقاس الزنا ونحوه من باقي المفاسد الموجبة للحد على هذا المجمع عليه ، فلا يقال مفسدة الكفر أعظم المفاسد ، والحرابة أعظم مفسدة من الزنا ، فإذا أثرت التوبة في سقوط هاتين المفسدتين العظيمتين فلأن تؤثر فيما دونهما من المفاسد بطريق الأولى . إذ المؤثر في سقوط الأعلى أولى أن يؤثر في سقوط الأدنى لأنا نقول القياس المذكور لا يصح، أما بالنسبة للكفر فمن وجوه :

١ — أن سقوط القتل في الكفر يرغب في الإسلام ، وكونه يبعث على الردة مدفوع بأن الردة قليلة فاعتبر جنس الكفر وغالبه .

٢ — أن الكفر يقع للشبهات فيكون فيه عذر في نظر الكافر ولا يؤثرأحد أن يكفر لهواه، بخلاف الزنا ونحوه فإنه لا يزني أحد مثلا إلا لهواه فناسب التغليظ.

---

(١) ابن الشاط هو سراج الدين أبو القاسم قاسم بن عبد الله الأنصاري وله كتاب سمي إدرار الشروق على أنواء الفروق وهو مطبوع على هامش كتاب الفروق للإمام القرافي وقال في مقدمة كتابه : إنني لما طالعت كتاب الإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي المالكي المسمى بأنوار البروق في أنواء الفروق ألفيته قد حشد فيه وحشر وطوى ونشر وسلك السهول والنجود وورد البحور والثمود . خلا أنه ما استكمل التصويب والتنقيب ولا استعمل التهذيب والترتيب . فانتسب بسبب ذينك الأمرين إلى الإخلال بواجبين واحتجب لامع بروقة منها بحاجبين ، ولما كان الأول منهما في مرتبة الضروريات والثاني في درجة الحاجيات وضعت كتابي هذا لما اشتمل عليه من الصواب مصححا .

٣ــ أن الكفر لا يتكرر غالبا، وجنايات الحدود تتكرر غالبا، فلو أسقطناها بالتوبة ذهبت مع تكررها وتجرأ عليها الناس باتباع أهويتهم .

وأما بالنسبة للحرابة فلأنا لا نسقطها بالتوبة إلا إذا لم تتحقق المفسدة بالقتل أو أخذ المال . أما متى قتل قتل إلا أن يعفو الأولياء عن الدم ، وإذا أخذ المال وجب الغرم وسقط الحد ، لأنه حد فيه تخيير بخلاف غيره فإنه محتوم والمحتوم آكد من المخير فيه [1] .

سابعاً ــ أن تخيير الإمام في نوع العقوبة يدخل في التعازير مطلقا ولا يدخل في الحدود إلا في الحرابة في ثلاثة أنواع منها فقط ــ وتلك الثلاثة هي :

أحدها : ما في قول أقرب المسالك : وتعين قتله إن قتل .

وثانيها : ما في تبصرة ابن فرحون : إن طال أمره وأخذ المال ولم يقتل يحد، فقد قال مالك وابن القاسم في الموازية يقتل ولا يختار الإمام فيه غير القتل .

وثالثها : ما في التبصرة عن الباجي : قال أشهب في الذي أخذ ولم يقتل ولم يأخذ المال : هذا الذي قال فيه مالك لو أخذ فيه بأيسر ذلك . قال عنه ابن القاسم : أحب أن يجلد وينفي ويحبس حيث نفي .

والمراد بالتخيير هنا [2] الواجب المطلق بمعنى الانتقال من واجب إلى واجب بشرط الاجتهاد المؤدي إلى ما يجب في حق الإمام مما أدت إليه المصلحة ، لا التخيير بمعنى الإباحة المطلقة ، إذ لا إباحة هنا ألبتة . ولا التخيير بمعنى الانتقال من واجب إلى واجب بهواه .

ثامناً ــ الحدود لا تختلف باختلاف أحوال فاعلها .

أما التعزير فيختلف باختلاف الجاني والمجني عليه والجناية .

---

(١) انظر صفحات ٦٩ وما بعدها للمؤلف في « نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي » طبعة ١٩٦٣ .

(٢) انظر ص ١٤ منه .

ورد في تبصرة ابن فرحون أن ابن قيم الجوزية قال : اتفق العلماء على أن التعزير مشروع في كل معصية ليس فيها حد بحسب الجناية في العظم والصغر وبحسب الجاني في الشر وعدمه ، وبحسب المجني عليه في الشرف وعدمه ، وفيها أيضا أن التعازير تختلف بحسب اختلاف الذنوب وما يعلم من حال المعاقب من تجلده وصبره على يسيرها أو ضعفه عن ذلك ، وانزجاره إذا عوقب بأقلها .

تاسعاً — إن الحدود لا تختلف باختلاف الأعصار والأمصار بخلاف التعزير ، فرب تعزير في عصر يكون إكراما في عصر آخر ، ورب تعزير في بلد يكون إكراما في بلد آخر ، كقطع الطيلسان كان بمصر تعزيرا وفي الشام إكراما ، وككشف الرأس كان عند الأندلس ليس هوانا وبالعراق ومصر كان هوانا ، وأصبح اليوم عادة متبعة في مختلف الأقطار .

عاشراً — إن التعزير يتنوع إلى ما هو خالص حق الله تعالى كالجناية على كتاب الله ، وإلى حق العبد كالشتم ونحوه .

والحدود لا يتنوع منها حد بل الكل حق الله تعالى إلا القذف على خلاف فيه . أما أنها تارة تكون حقا لله تعالى وتارة تكون حقا لآدمي فلا يوجد ذلك ألبتة [1] .

---

(١) انظر ص ٢٠٨ جزء ٤ تهذيب الفروق على هامش الفروق للقرافي .

المبحث الرابع

فكرة التدابير الاحترازية واجراءات الأمن والوقاية

يمكن القول بأن سياسة الدفاع الاجتماعي ترى ضرورة إعادة النظر في الجزاءات الجنائية التقليدية ، بحيث تتخلى هذه الجزاءات عن وظائفها التقليدية وتستهدف إعادة التأهيل الاجتماعي للجانحين ، ولا يهم بعد ذلك ما يطلق عليها من مسميات سواء أكانت في صورة عقوبات أم تدابير احترازية، كما لا يهم نزع الصفة الجنائية عن بعضها، وإنما المهم في سياسة الدفاع الاجتماعي هو أن يكون تقرير ملاءمة الجزاء — أيا كان نوعه — قائما على أساس احتياجات شخصية الجانح الفعلية وأن يكون الهدف منه هو تحقيق التأهيل الاجتماعي .

(١) الجزاءات الجنائية الحديثة :

تختلف هذه الجزاءات وتتفاوت فيما بينها ...

فمنها ما هو سالب للحرية كالعقوبة غير محدودة المدة ، والحجز في عطلة نهاية الأسبوع والمؤسسات المفتوحة وشبه المفتوحة وتحديد الإقامة في المسكن ، ومنها ما هو مقيد لها كالاختبار القضائي ، والحرية المراقبة ، والعمل الإجباري دون سلب الحرية ، والتدريب الإجباري دون سلب الحرية — ومنها ما لا يمس الحرية وإن كان يمس بعض الحقوق .

ومن الجزاءات ما يكون الغرض منه هو الوقاية، ومنها ما يكون بغرض العلاج ، ومنها ما يهدف إلى الإبعاد والإقصاء [١] .

وقد فرق البعض بين تدابير الأمن « أو التدابير الاحترازية » والعقوبة .

---

(١) انظر ص ٨٢ من أعمال الحلقة العربية الثانية للدفاع الاجتماعي « القسم الثاني » .

فالعقوبة تستهدف الدفاع عن المجتمع ولا تفرض إلا على مجرم ارتكب فعلا جرما قانونا وتوافرت في حقه المسئولية الجنائية على أساس ثبوت الجريمة في حقه وثبوت حريته واختياره في ارتكاب الجريمة .

أما تدابير الأمن فأساسها الخطورة التي تنبيء بها حالة الشخص وتوحي باحتمال ارتكابه الجريمة في المستقبل سواء أكان قد ارتكب فعلا مما يحرمه القانون أم لم يرتكبه بعد ، وسواء توافرت لديه عناصر المسئولية الجنائية أم لم تتوافر ، فالتدابير ليست قصاصا منه بقياس مدى مسئوليته ، إنما هي دفاع عن المجتمع الذي نعيش فيه [1] .

وقد عرفت الشريعة الإسلامية كثيرا من هذه النظم كالحبس ، والنفي حتى التوبة أو الموت ، كما عرفت تشديد العقوبة على الخطرين وهم المجرمون المعتادون أو الشواذ وغيرهم .

أولا — التشديد في العقوبة على الخطرين :

كما سبق القول: إن السياسة الحكيمة هي التي ترعى مصلحة المجتمع وتحفظ له مقوماته وأهمها الأمن والطمأنينة فلا فائدة ترجى من مجتمع تعمه الفوضى ويسوده الفساد والإخلال بالسكينة .

لذلك نجد أن الفقهاء يؤكدون دواما أن المجرم المعتاد المفسد يؤخذ بالشدة ولو تجاوزت عقوبته الحد ، بل قد يصل الأمر لقتله في غير الحد .

حقيقة أنه ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى أحوال ثلاث : كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل نفس بغير حق .

كما توجد أحاديث أخرى نص فيها على القتل في غير هذه الحالات الثلاث مثل : —

١ — عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

---

(١) انظر ص ١٢٠ من أعمال الحلقة العربية الثانية للدفاع الاجتماعي « القسم الثاني » .

«من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به»، رواه أصحاب السنن .

٢ ـ قتل شارب الخمر إذا اعتاد ذلك .

فقد تواردت الروايات على أن شارب الخمر يقتل في الرابعة . عن الترمذي وأبي داود عن معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من شرب الخمر فاجلدوه ، فإن عاد في الرابعة فاقتلوه .

٣ ـ قتل السارق إذا اعتاد ذلك :

روي عن عطاء وعمرو بن العاص وعبد الله بن عمر وعمر بن عبد العزيز ، إن سرق الخامسة قتل .

٤ ـ قتل من يزني بذات محرم :

عن الترمذي والنسائي وأبي داود أن البراء بن عازب رضي الله عنه قال « مر بي خالي أبو بردة بن نيار ومعه لواء فقلت أين تريد ؟ فقال : بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل تزوج امرأة أبيه أن آتيه برأسه . وعن عبد الله بن عباس أن الرسول قال : من وقع على ذات محرم فاقتلوه .

فالأصل في جريمة الزنا في الشريعة أن عقوبة من يرتكبها إن كان غير محصن (أي لم يسبق زواجه) الجلد مائة جلدة والنفي مدة عام . وإن كان محصنا فجزاؤه الرجم أي القتل رجما بالحجارة ، إلا أنه في الحالة التي ورد بها الحديث أتى الرجل فاحشة تخالف النواميس الطبيعية فكان جزاؤه القتل بصرف النظر عما إذا كان محصنا أو غير محصن .

وقد يوجد من عتاة المجرمين من لا يزول فساده إلا بالقتل ولا يلحقه حد من الحدود التي تجيز القتل ، فهل يجوز للقاضي أو لولي الأمر تعزيره بالقتل ليكف أذاه عن الناس ويرتدع به غيره ؟

يرى البعض أنه يجوز للإمام التعزير بالقتل ، ويستدلون برأي مالك وبعض أصحاب أحمد بجواز قتل الجاسوس المسلم إذا اقتضت المصلحة قتله . ورأي مالك وبعض أصحاب الشافعي وأحمد في قتل الداعية إلى البدعة كالتجهم والرفض وإنكار القدر للفساد في الأرض وللارتداد عن الدين .

وقد صرح بهذا الرأي أصحاب أبي حنيفة في قتل اللوطي إذا أمعن في ذلك تعزيرا .

عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال : أتى النبي صلى الله عليه وسلم عين من المشركين وهو في سفر فجلس مع أصحابه يتحدث ثم انفتل ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اطلبوه فاقتلوه.قال : فقتلته فنفلني سلبه ، رواه البخاري وأبو داود .

قال ابن تيمية :

وقد يستدل على أن المفسد إذا لم ينقطع شره إلا بقتله فإنه يقتل ، بما رواه مسلم في صحيحه ، عن عرفجة الأشجعي رضي الله عنه ، قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من أتاكم وأمركم جميع على رجل واحد ، يريد أن يشق عصاكم ، أو يفرق جماعتكم فاقتلوه .

وكذلك قد يقال في أمره ، يقتل شارب الخمر في الرابعة ، بدليل ما رواه أحمد في المسند عن ديلم الحميري رضي الله عنه قال :

سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : يا رسول الله إنا بأرض نعالج بها عملا شديدا ، وإنا نتخذ شرابا من القمح نتقوى به على أعمالنا وعلى برد بلادنا ، فقال : هل يسكر ؟ قلت : نعم . قال : فاجتنبوه. قلت: إن الناس غير تاركيه . قال : فإن لم يتركوه فاقتلوهم .

وهذا لأن المفسد كالصائل فإذا لم يندفع الصائل إلا بالقتل قتل .

* * *

والحقيقة أن المصلحة العامة تقتضي أن يعزر ولي الأمر بالقتل ، فهناك من المجرمين طائفة تخصصت في أنواع من الفساد تضر به الأمة في أموال ونفوس أبنائها ولا تلحقهم نصوص الحدود التي تستأصل شأفتهم ، ويلزم أن تشدد عليهم العقوبة التي تبعدهم عن المجتمع السليم حتى يطمئن الناس على أمنهم .

ورد في ابن عابدين :

« رأيت في الصارم المسلول للحافظ ابن تيمية أن من أصول الحنفية أن ما لا قتل فيه عندهم مثل القتل بالمثقل والجماع في غير القبل إذا تكرر ، فللإمام أن يقتل فاعله، وكذلك له أن يزيد على الحد المقدر إذا رأى المصلحة في ذلك، ويحملون ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه من القتل في مثل هذه الجرائم على أنه رأى المصلحة في ذلك ويسمونه القتل سياسة ، وكان حاصله أن له أن يعزر بالقتل في الجرائم التي تعظمت بالتكرار وشرع القتل في جنسها ولهذا أفتى أكثرهم بقتل من أكثر من سب النبي صلى الله عليه وسلم من أهل الذمة وإن أسلم بعد أخذه ، وقالوا يقتل سياسة . » .

كما أن للإمام قتل السارق سياسة أي إن تكرر منه ، ومن تكرر منه في المصر الخنق قتل به سياسة لسعيه بالفساد .

وكل من كان كذلك يدفع شره بالقتل — كما أن الساحر أو الزنديق الداعي إذا أخذ قبل توبته ثم تاب لم تقبل توبته ويقتل ، ولو أخذ بعدها قبلت ، وأن الخناق لا توبة له [1] .

المفسدون للأعراض :

ومن وجد رجلا مع امرأة لا تحل له — فله قتله إن كان يعلم أنه لا ينزجر بصياح وضرب بما دون السلاح ، وإلا فليس له ذلك .

ولو أكرهها فلها قتله — ودمه هدر .

وإن كانت المرأة مطاوعة قتلهما .

ولو رأى الزوج مع امرأته رجلا وهو يزني بها أو مع محرمة وهما مطاوعان قتلهما جميعا .

(١) انظر ص ٢٧٧ جزء ٣ ابن عابدين .

فالفرق الذي أورده الفقهاء هو بين الأجنبية والزوجة ، فمع الأجنبية لا يحل القتل إلا بالشرط المذكور من عدم الانزجار، ومع غيرها يحل القتل من غير هذا الشرط .

وفرق بعض الفقهاء قائلين : إذا كان الرجل مع المرأة التي لا تحل له قبل أن يزني بها فهذا لا يحل قتله إذا علم أنه ينزجر بغير القتل سواء كانت أجنبية عن الواجد أو زوجة له أو محرما منه . أما إذا وجده يزني بها فله قتله مطلقا . ولا ضمان عليه ولا يحرم من ميراثها إن أثبته بالبينة أو بالإقرار .

ولما كان هذا العقاب ليس من الحد بل من الأمر بالمعروف ، فلا يشترط فيه إحصان المتهم . ويدل على ذلك أن الحد لا يليه إلا الإمام .

وقياس هذا ما في البزازية وغيرها : إن لم يكن لصاحب الدار بينة على أن من قتله كان يسرق من منزله — فإن لم يكن المقتول معروفا بالشر والسرقة قتل صاحب الدار قصاصا وإن كان متهما به فكذلك قياسا ، وفي الاستحسان تجب الدية في ماله لورثة المقتول لأن دلالة الحال أورثت شبهة في القصاص لا في المال .

كذلك يحل قتل المكابر بالظلم، وقطاع الطريق، وصاحب المكس، وجميع الظلمة .

أي إذا كان الشخص مسافرا ورأى قاطع طريق له قتله وإن لم يقطع عليه بل على غيره لما في ذلك من تخليص الناس من شره وأذاه .

وفي رسالة أحكام السياسة عن النسفي ، سئل شيخ الإسلام عن قتل الأعونة والظلمة والسعاة في أيام الفترة .

قال : مباح قتلهم لأنهم ساعون في الأرض بالفساد .

كما ذكر الصدر الشهيد عن الحنفية أنه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد في داره .

وقد هجم عمر رضي الله عنه على نائحة في منزلها وضربها بالدرة حتى

سقط خمارها ، فقيل له فيه ، فقال : لا حرمة لها بعد اشتغالها بالمحرم والتحقت بالإماء .

وروي أن الفقيه أبا بكر البلخي خرج إلى الرستاق وكانت النساء على شط النهر كاشفات الرءوس والذراع فقيل له كيف فعلت هذا ؟ فقال : لا حرمة لهن ، إنما الشك في إيمانهن كأنهن حربيات [1] .

معتادو السرقة :

تقطع يد السارق اليمنى في المرة الأولى ، فإن سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فإن سرق بعد ذلك لم يقطع عند الحنفية استحسانا ولكنه يعزر ويحبس حتى يتوب وتظهر توبته .

وعند الشافعي تقطع يده اليسرى في المرة الثالثة ، وفي المرة الرابعة تقطع رجله اليمنى ثم يحبس بعد ذلك .

وعند أصحاب الظواهر في المرة الخامسة يقتل [2] .

* * *

قطع الطريق :

قال الله تعالى :

« إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض . ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم، إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » .

---

(١) انظر ص ٢٧٩ جزء ٣ ابن عابدين .

(٢) انظر ص ١٦٧ جزء ٩ المبسوط .

وانظر ص ٥١ من هذا البحث .

والآية صريحة في أن قاطع الطريق الذي يخل بأمن الناس وطمأنينتهم إذا تاب قبل القدرة عليه فإنه لا يعاقب على التفصيل الآتي :

١ ــ حقوق السلطة العامة :

قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأبو ثور والحنابلة : إن الحد يسقط عنهم لما ورد في الآية الصريحة . فعلى هذا يسقط عنهم وجوب القتل والصلب والقطع والنفي .

٢ ــ حقوق الأفراد الخاصة :

تجب عليهم هذه الحقوق. فيبقى عليهم القصاص في النفس والجراح وغرامة المال في السرقة والدية إذا سقط القصاص، والأرش أو الحكومة بحسب الأحوال.

هذا هو المفهوم من توبة المحارب ، وعلى هذا جرى الصحابة ، وفي هذا يروي البيهقي عن الشعبي أن عثمان بن عفان استخلف أبا موسى الأشعري . فلما صلى الفجر جاءه رجل من مراد فقال : هذا مقام العائد التائب أنا فلان ابن فلان ممن حارب الله ورسوله. جئت تائباً من قبل أن تقدروا علي . فقال أبو موسى : جاء تائبا من قبل أن تقدروا عليه فلا يعرض إلا بخير .

كذا روى أشعث عن الشعبي أن سعد بن قيس [١] سأل علي بن أبي طالب فقال له : يا أمير المؤمنين ما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ؟ فقال : أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض . قال : ثم قال : إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم . قال سعيد : وإن كان حارثة بن بدر ؟ قال : وإن كان حارثة بن بدر. قال: فإن جاء حارثة ابن بدر تائبا فهو آمن ؟ قال علي : نعم . فجاء به فبايعه وقبل ذلك منه وكتب له أمانا .

---

(١) انظر ص ٤٩٤ جزء ٢ الجصاص .

إلا أن الإمام ابن جرير الطبري روى عن هشام بن عروة أنه أخبره أنهم سألوا عروة عمن تلصص في الإسلام فأصاب حدودا ثم جاء تائبا . فقال : لا تقبل توبته ، لو قبل ذلك منهم اجترءوا عليه وكان فساد كبير .

فعروة بن الزبير حين رأى ما رأى من عدم قبول توبة من تاب قبل القدرة عليه وأنه لهذا يكون مؤاخذا بما جنى بما في ذلك إقامة الحد عليه . ويكون قد نظر إلى درء المفاسد التي تترتب على قبول توبة من جاء تائبا من أولئك الناس .

قال المرحوم الدكتور محمد يوسف موسى في ذلك :

« ونحن من جانبنا نعتقد أن الخير فيما ذهب إليه عروة رضوان الله عليه وبخاصة في هذا الزمن الحاضر الذي ضعف فيه وازع الدين وكثر فيه المنافقون .

فلو عفونا عن حد كل من أظهر التوبة ، كنا نعفو عن كثير ممن يقولون بأفواههم ما ليس في قلوبهم ، وحينئذ تضيع حدود الله . ويجرؤ المجرمون على انتهاك محارم الله والاعتداء على الأبرياء ، ما داموا يستطيعون أن يقولوا : تبنا وأنبنا إلى الله [1] » .

* * *

(٢) اجراءات الأمن والوقاية

تعرف الشريعة الإسلامية إجراءات الأمن والوقاية ، وأهم هذه الإجراءات التي تتخذ قبل المجرمين للحد من إجرامهم :

---

(١) انظر ص ١١٣ محاضرات في تاريخ الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٤.وعروة بن الزبير : هو ابن العوام الأسدي القرشي أبو عبد الله أحد الفقهاء السبعة بالمدينة كان عالما بالدين . صالحا كريما ، لم يدخل في شيء من الفتن . وانتقل إلى البصرة ، ثم إلى مصر فتزوج وأقام بها سبع سنين . وعاد إلى المدينة فتوفي فيها . وهو أخو عبد الله بن الزبير لأبيه وأمه . « وبئر عروة » بالمدينة منسوبة إليه — انظر ص ١٧ جزء ٥ الأعلام للزركلي .

الحبس والنفي :

أولا ـ الحبس

حبس المتهمين قد يكون عقوبة على جريمة ارتكبوها، وقد يكون احتياطا حتى يظهر حالهم ويستبين أمرهم .

والحبس مشروع بالكتاب وبالسنة وبالإجماع .

الكتاب :

قال الله تعالى : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض » .

قال الفقهاء «أو ينفوا من الأرض»: المراد به الحبس .

السنة :

أ ـ حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة . وحبس رجلا آخر من جهينة أعتق شقصا له في مملوك ، ولعل ذلك يشير إلى ما أخرجه البيهقي في سننه من حديث أبي مجزل ، وليس بصحابي بل تابعي واسمه « لاحق بن حميد » أن عبدا كان بين رجلين فأعتق أحدهما نصيبه فحبسه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى باع غنيمة له « فهو مرسل » .

ويمكن في وجه حبسه أن يقال : إنه لزمه ضمان ما أتلفه فلم يعطه فحبسه حتى باع غنيمة له ودفع قيمة نصيب صاحبه .

ب ـ كذلك اتخذ الإمام علي كرم الله وجهه سجنين سمى أحدهما نافعا والآخر مخيسا وقال فيه :

ألا تراني كيسا مكيسا
بنيت بعد نافع مخيسا
بابا حصينا وأمينا كيسا[1]

---

(١) المخيس : موضع التخييس وهو التذليل . ـ الكيس : حسن التأني في الأمور . المكيس : المنسوب إلى الكيس . ـ الأمين : السجان الذي نصبه فيه .

ج — وكان القاضي شريح يحبس الناس ، وحبس ابنه بسبب الكفالة عن رجل ، ويحبس الرجل في كل دين ما خلا دين الولد على الأبوين أو على بعض الأجداد فإنهم لا يحسبون في دينه، أما في دين غيرهم فيحبس لأنه بالمطل صار ظالما والظالم يحبس فهو عقوبة مشروعة ، ولهذا كان حدا للزنا في ابتداء الإسلام .

وهو حد لقطاع الطريق، قال الله تعالى : «أو ينفوا من الأرض» فالمراد به الحبس كما ذكرناه .

وإذا حبس رجل بدين فجاء غريم له آخر يطالب به فإن القاضي يخرجه من السجن ويجمع بينه وبين هذا المدعي، فإن أقر له بالدين أو قامت له عليه بينة كتب اسمه فيمن حبس له مع الأول لأنه لو لم يكتب ربما يشتبه على القاضي أنه محبوس بدين واحد فيخلي سبيله فيكتبه حتى لا يخلي سبيله إلا بقضائهما .

ولا يحبس الصبي إلا بطريق التأديب، ويحبس المسلم للذمي بدينه، والذمي للمسلم،ويحبس الحربي المستأمن ويحبس له لأن معنى الظلم يتحقق في حق الكل [1] .

الإجماع :

وذلك لأن الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم أجمعوا عليه ، إلا أنه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وزمن أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم لم يكن سجن فكان يحبس في المسجد والدهليز وبالربط .

ولما كان في زمن علي رضي الله تعالى عنه بنى السجن من قصب وكان هو أول من بناه في الإسلام وسمى السجن نافعا ولم يكن حصينا فانفلت الناس منه فبنى سجنا آخر من مدر وسماه مخيسا .

---

(١) انظر ص ٨٨ جزء ٢٠ من المبسوط .

حبس المتهم حتى تظهر عدالة الشهود :

عندما يتقدم الشهود للشهادة يعدلون سرا وعلنا .

فالسر : بأن يبعث القاضي ورقة فيها أسماؤهم وأسماء بلدهم على وجه يتميز به كل واحد منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه (هو عدل مقبول الشهادة) .

والعلانية : بأن يجمع القاضي بين المزكي والشاهد ويقول : هذا الذي زكيته يعني سرا . ولم يكتف هنا بظاهر العدالة اتفاقا بأن يقال هو مسلم ليس بظاهر الفسق احتيالا للدرء بخلاف سائر الحقوق عند الإمام .

قالوا : ويحبسه هنا حتى يسأل عن الشهود بطريق التعزير ، بخلاف الديون فإنه لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة .

ورد في ابن عابدين عن ذلك : واعترض بأنه يلزمه الجمع بين الحد والتعزير .

قلت : وفيه نظر ، لأنه بهذه الشهادة صار متهما والمتهم يعزر والحد لم يثبت بعد — على أنه لا مانع من اجتماعهما بدليل أنه لا يجمع بين جلد ونفي إلا سياسة وتعزيرا .

وورد في ابن عابدين :

« ويثبت القذف برجلين يسألهما الإمام عن ماهيته وكيفيته إلا إذا شهدا بقوله : يا زاني ثم يحبسه الإمام ليسأل عنهما — كما يحبسه لشهود يمكن إحضارهم في ثلاثة أيام وإلا لا » .

وكذلك لو أقام المجني عليه شاهدا واحدا عدلا وادعى أن الثاني في المصر حبسه يومين أو ثلاثة أيام، ولو زعم أن له بينة في المصر حبسه إلى آخر المجلس . قالوا : والمراد بالحبس في الأولين حقيقته وفي الثالث الملازمة [1] .

---

(١) انظر ابن عابدين ص ٢٥٨ جزء ٣ .

ورد في المبسوط :

« والحبس هنا ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير لأنه صار متهما بارتكاب الفاحشة فيحبسه تعزيرا ، ولهذا لا يحبسه في الديون قبل ظهور عدالة الشهود ، ولأن الحبس أقصى العقوبة في الديون فإنه بعد ما ثبت الحق لا يعاقبه إلا بالحبس ، فلا يجوز أن يفعله قبل ثبوت الحق بخلاف الحدود ، فإذا ظهرت عدالة الشهود نظر في أمر المتهم وعاقبه العقوبة الشرعية [1] .

كذلك المرأة الحامل لا تحد بل تحبس حتى تلد، ومدة الحبس قيل إنها سنتان ، وفي حديث الغامدية أنه صلى الله عليه وسلم رجمها بعد ما فطمته . وفي رواية أخرى قال : لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقال له رجل من الأنصار إليّ رضاعه فرجمها .

قال في الفتح : وهذا يقتضي أن الرجم عند الوضع بخلاف الأول والطريقان في مسلم وهذا أصح طريقا ، وتحبس سنتين إذا ثبت زناها بالبينة ولم يكن للمولود من يربيه [2] .

كذلك إذا وجب على المريض حد من الحدود سوى الرجم في زنا أو شرب أو سرقة ، حبس حتى يبرأ .

وذلك لأن الإمام أو القاضي إذا أقام الحد على المريض ربما ينضم ألم الجلد أو القطع إلى ألم المرض فيؤدي إلى الإتلاف، والحد إنما يقام ليكون زاجرا لا متلفا ، ويحبسه خوفا من هربه فلا تنفذ عليه العقوبة .

قال الزيلعي : إذا ثبت الحق للمدعي أمره بدفع ما عليه فإن أبى حبسه في الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة .

ومعنى ذلك أن القاضي يحبسه في كل دين لزمه بدلا من مال حصل في يده ، أو ألزمه بعقد إذا طلب المدعي حبسه بعد إبائه من الدفع إليه ، لأنه

---

(١) انظر المبسوط جزء ٩ ص ٣٩ .

(٢) انظر ابن عابدين جزء ٣ ص ٢٢٩ .

بالإباء ظهر مطله ، وبالمال الذي حصل في يده أو التزامه بعقد باختياره ظهرت قدرته .

ويحبسه القاضي قدر ما يرى، يعني فيما إذا كان القول قول المدعي أو في غيره فليس لحبسه مدة مقدرة وإنما هو مفوض إلى رأي القاضي يحبسه حتى يغلب على ظنه أنه لو كان مال لأظهره ولم يصبر على مقاساته ، وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى لتقديره ، وما جاء فيه من التقدير بشهرين أو ثلاثة أو أقل أو أكثر ، اتفاقي وليس بتقدير حتمي .

ثم يسأل عنه القاضي بعد ما حبسه ، فإن قامت بينة على إعساره أخرجه من الحبس .

صفة الحبس :

أن يكون في موضع ليس فيه فراش ولا غطاء ، ولا يدخل عليه أحد ليستأنس به ، ولا يخرج لجمعة ولا جماعة ولا لحج فرض ، ولا لحضور جنازة ولو أعطى كفيلا ، ولا لمجيء رمضان ، ولا للأعياد ، ليضجر قلبه ويوفي ما عليه ، ولا يخرج لموت قريبه إلا إذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج حينئذ لقرابة الولاد .

وفي رواية يخرج وإن وجد من يجهزه. وإن مرض مرضا أضناه فإن كان من يخدمه لا يخرج ، وإلا أخرج ، ولا يخرج للمعالجة لأنه يمكنه المعالجة في السجن ، وإن احتاج إلى الجماع لا يمنع من دخول امرأته أو جاريته عليه إن كان في السجن موضع يستره ، لأن اقتضاء شهوة الفرج كاقتضاء شهوة البطن . وقيل يمنع لأن الوطء من فضول الحوائج ، بخلاف الأكل والشرب فإن منعه يؤدي إلى الهلاك، وهو يرخص له تناول مال الغير حال المخمصة خوفا من الهلاك فكيف يجوز قتله لأجل الدين ؟ ولا يمنع من دخول قرابته وجيرانه عليه لأنه يحتاج إليهم للمشاورة والتدبير في قضاء الدين ولكن لا يمكنون من المكث طويلا .

والمال الذي يحبس فيه غير مقدر ، يحبس في درهم وما دونه لأن مانعه ظالم متعنت .

ثانيا — النفي أو التغريب

التغريب هو النفي والإبعاد ، والتغريب نفي إلى مسافة تقصر فيها الصلاة لأن ما دون ذلك في حكم الموضع الذي نفي منه ، فإن انقضت المدة فهو بالخيار بين الإقامة وبين العود إلى موضعه ، ومن نفي حبس في الموضع الذي ينفى إليه .

وإن رأى الإمام أن ينفيه إلى أبعد من المسافة التي تقصر فيها الصلاة كان له ذلك لأن عمر رضي الله عنه غرب إلى الشام ، وغرب عثمان إلى مصر . كما نفى علي من الكوفة إلى البصرة . وقال الشافعي أقل ذلك يوم وليلة .

ومدة التغريب سنة ، فإن رأى أن يزيد على سنة لم يجز لأن مدة السنة منصوص عليها والمسافة مجتهد فيها .

وحكي عن أبي هريرة أنه قال : يغرب إلى حيث ينطلق عليه اسم الغربة وإن كان دون ما تقصر إليه الصلاة لأن القصد تقويمه بالغربة وذلك يحصل بدون ما تقصر إليه الصلاة [1] .

أصل النفي :

أجمع رأي خيار بني إسماعيل على أن من أحدث في الحرم حدثا غرب منه ، وكان ذلك مما بينه لهم أولهم ، فصارت سنة لهم فيه يدينون بها . فلأجل ذلك استن الناس إذا أحدث أحد حدثا غرب عن بلده ، وتمادى ذلك إلى الجاهلية إلى أن جاء الإسلام فأقره في الزنا خاصة لأن المظالم يمكن كف الظالم

(١) انظر ص ٢٧١ المهذب جزء ٢ . تقصر الصلاة الرباعية إلى النصف في السفر الذي يزيد على ثمانين كيلو مترا بحرا أو برا أو جوا، على الراحلة أو في القطار أو في السفينة أو الطائرة ، فإذا نوى الإنسان الإقامة في البلد أربعة أيام لا يقصر الصلاة ، وإن نوى الاقامة أقل من ذلك فإنه يقصر ، وإن لم ينو الإقامة وكان ينتظر فراغ عمله يقصر إلى أن ينتهي من عمله ولو أقام شهوراً .

عنها جهرا ، فلا يقدر عليها سرا ، والزنا ليس الكف عنه بكامل حتى يغرب عن موضعه فلا تكون له حيلة في السر يتوصل بها إلى العودة إليه أو إلى مثله [1] .

وجوه النفي :

قال الشافعي : النفي ثلاثة وجوه :

١ - نفي بنص كتاب الله عز وجل وهو قول الله عز وجل في المحاربين :

« أو ينفوا من الأرض » وذلك النفي أن يطلبوا فيمتنعوا ، فمتى قدر عليهم أقيم عليهم حد الله تبارك وتعالى إلى أن يتوبوا قبل أن يقدر عليهم فيسقط عنهم حق الله وتثبت عليهم حقوق الآدميين .

وعند الحنفية، المراد به نفيه من جميع الأرض وذلك لا يتحقق ما دام حيا، أو المراد نفيه من بلدته إلى بلدة أخرى وبه لا يحدث المقصود وهو دفع أذيته عن الناس . أو يكون المراد نفيه عن دار الإسلام إلى دار الحرب وفيه تعريض له على الردة ، فالمراد إذن : نفيه من جميع الأرض إلى موضع حبسه فإن المحبوس يسمى خارجا من الدنيا . قال القائل :

خرجنا من الدنيا ونحن من اهليها فلسنا من الأموات فيها ولا الأحيا

إذا جاءنا السجان يوما لحاجة عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

وقال مالك : ينفى من البلد الذي أحدث فيه هذا إلى غيره ويحبس فيه كالزاني .

حكى مكحول أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أول من حبس في السجون وقال : أحبسه حتى أعلم منه التوبة ، ولا أنفيه من بلد إلى بلد فيؤذيهم [2] .

(١) انظر أحكام القرآن لا بن العربي جزء أول ص ٣٥٩ .

(٢) انظر ص ١٣٦ جزء ٩ المبسوط .

٢ ـ نفي وردت به السنة وهو وجهان :

ا ـ أحدهما : ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : وهو نفي البكر الزاني : يجلد مائة وينفى سنة . وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أيضا : لأقضين بينكما بكتاب الله عز وجل ثم قضى بالنفي والجلد على البكر . « وكان قبل ذلك نفى في البيت... إلى أن قال عليه الصلاة والسلام : خذوا عني ، خذوا عني ... » . وهو الذي عليه الجمهور وقاله الخلفاء الراشدون جميعا ، وهو قول ابن عمر وبه قال عطاء وطاوس وسفيان ومالك وأحمد .

ولا يرى الحنفية « حماد وأبو حنيفة ومحمد » توقيع عقوبة النفي للأسباب الآتية :

١ ـ قوله تعالى : « فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » فقد جعل الجلد جميع حد الزنا ، فلو أوجبنا معه التغريب كان الجلد بعض الحد فيكون زيادة على النص وذلك يعدل النسخ .

٢ ـ روي أن مريضا عجوزا وجد يفجر بامرأة فأتي به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : اضربوه مائة . فقالوا : إن بدنه لا يحتمل الضرب . فقال صلى الله عليه وسلم : خذوا عثكالا عليه مائة شمراخ فاضربوه بها ولم يأمرهم بالتغريب . ولو كان ذلك حدا لتكلف له كما تكلف للحد .

٣ ـ أن عمر رضي الله عنه جلد أبا بكرة في داره على الزنا وأمر امرأته أن تكتم ، فلو كان التغريب متمما للحد لما أمرها بالكتمان لأن ذلك لا يتصور .

٤ ـ لما نفى عمر شارب الخمر ارتد ولحق بالروم فقال : والله لا أنفي أحدا بعد هذا ، ولو كان مشروعا حدا لما حلف ألا يقيمه .

٥ ـ قال علي كرم الله وجهه : كفى بالنفي فتنة ، والحد مشروع لتسكين الفتنة .

٦ ـ نفي الزانية تعريض لها لمثل ما ابتليت به ، فإنها عند أبويها تكون

محفوظة ، ففي دار الغربة تكون عكس هذا .

٧ — الجمع بين الجلد والتغريب كان في الابتداء ثم انتسخ بنزول سورة النور [١] . ويرى أبو حنيفة أن النفي لا يقضى به حدا ، وإنما يقضى به تعزيزا على ما يراه الحاكم .

ب — والثاني : يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا أنه نفى مخنثين كانا بالمدينة يقال لأحدهما « هيت » وللآخر « ماتع » ويحفظ في أحدهما أنه نفاه إلى الحمى . وأنه كان في ذلك المنزل حياة النبي صلى الله عليه وسلم وحياة أبي بكر وحياة عمر . وأنه شكا الضيق فأذن له بعض الأئمة أن يدخل المدينة في الجمعة يوما يتسوق ثم ينصرف ، وقد رأيت أصحابنا يعرفون هذا ويقولون به حتى لا أحفظ عن أحد منهم أنه خالف فيه ، وإن كان لا يثبت كثبوت نفي الزنا .

وقد نفى أيضا عمر بن الخطاب نصر بن حجاج من المدينة حين سمع قائلة تقول :

هل من سبيل إلى خمر فأشربها أو من سبيل إلى نصر بن حجاج

والجمال لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك للمصلحة فإنه قال : ما ذنبي يا أمير المؤمنين . قال : لا ذنب لك وإنما الذنب لي لأطهر دار الهجرة منك . وقول ابن ليلى في النفي كقول الشافعي إلا أنه يقول : ينفى إلى بلد غير البلد الذي فجر فيه ولكن دون مسيرة سفر . وعند الشافعي لا يكون النفي دون مسيرة سفر [٢] .

نفي المرأة :

اختلف في تغريب المرأة :

ففي مذهب الشافعي أن المرأة لا تغرب إلا في صحبة مأمونة مع ذي محرم

---

(١) انظر ص ٤٥ جزء ٩ المبسوط ، وانظر في الموضوع ص ١٧٤ جزء ٣ الزيلعي .

(٢) انظر ص ١٤٦ جزء ٦ الأم للشافعي .

أو مع امرأة ثقة ، وإن لم تجد ذا رحم محرم ولا امرأة ثقة تتطوع بالخروج معها استؤجر من يخرج معها . ومن أين يستأجر ؟ فيه قولان :

من الشافعية من قال يستأجر من مالها لأنه حق عليها فكانت مثونته عليها ، وإن لم يكن لها مال استؤجر من بيت المال .

ومنهم من قال يستأجر من بيت المال لأنه حق الله عز وجل فكانت من بيت المال ، فإن لم يكن في بيت المال ما يستأجر به استؤجر من مالها [1] .

وورد في المدونة الكبرى :

قلت أرأيت البكرين إذا زنيا هل ينفيان جميعا ، الجارية والفتى في قول مالك ، أم لا نفي على النساء في قول مالك ، وهل يفرق بينهما في النفي ، ينفى هذا إلى موضع وهذا إلى موضع آخر . وهل يسجنان في الموضع الذي ينفيان إليه في قول مالك أم لا ؟

قال : قال مالك : لا نفي على النساء ولا على العبيد ولا تغريب .

قلت : فهل يسجن الفتى في الموضع الذي ينفى إليه في قول مالك ، قال : نعم يسجن ، ولولا أنه يسجن لذهب في البلاد . قال : وقال مالك لا ينفى إلا زان أو محارب ، ويسجنان جميعا في الموضع الذي ينفيان إليه ، يحبس الزاني سنة والمحارب حتى تعرف له توبة [2] .

تغريب العبد :

والعبد لا يغرب خلافا للشافعي حيث يقول بعموم الخبر ، ويخصه قوله صلى الله عليه وسلم : إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها ، ثم إن زنت فليجلدها ثم قال في الثالثة أو الرابعة فليبعها ولو بضفير ، فكرر ذكر الجلد ولم يذكر التغريب ، ولو كان واجبا لكرره أو ذكره .

---

(١) انظر ص ٥٠٠ جزء ٢ الجصاص ، انظر ص ٢٧١ جزء ٢ المهذب .

(٢) انظر ص ٣٧ جزء ١٦ المدونة الكبرى رواية سحنون .

الفصل الثالث

برنامج الحد الأدنى

كان أحد الذين عرضوا هذا البرنامج للمرة الأولى الأستاذ « ايفار ستّرال دوسالا » .

وهذا البرنامج مع وضعه المبادىء الأساسية يوفق بين الاتجاهات المختلفة من حيث رغبتها المشتركة في إصلاح النظم التقليدية .

يقول البرنامج :

« إن حركة الدفاع الاجتماعي إنما تبغي أثناء سعيها إلى توفير الحماية للمجموعة عن طريق حماية الفرد ، إعلاء حقوقه الشخصية الإنسانية في شتى مجالات المنظمة الاجتماعية .

وأنه سعيا وراء هذا الهدف ، من الأوفق أن نضمن أولاً احترام القيم الإنسانية ، وأن نقنع أنفسنا بكل صدق وإخلاص باستحالة المطالبة بسلوك لا غبار عليه ما لم تتبع أساليب تتفق ومبادىء حضارتنا . إن السياسة الجنائية يجب أن تستهدي التقاليد الإنسانية التي هي أساس ثقافتنا .

ومن المهم أيضا قبل كل شيء أن يوفر القانون الجنائي احترام حقوق الإنسان وذلك بمراعاة جميع الأحكام المترتبة على أصول قانونية صريحة .

إن مبادىء الحرية والشرعية التي هي نتيجة التطور التاريخي للمجتمع الحديث يجب أن تعتبر من الأمور التي لا يجوز التعدي عليها »[1] .

وقد نشرت الجمعية الدولية للدفاع الاجتماعي برنامج الحد الأدنى للجمعية في سنة ١٩٥٥ — ونناقش البرنامج في ضوء أحكام الشريعة .

أولا : المبادىء الأساسية لحركة الدفاع الاجتماعي :

١ — يجب الاعتراف بأن الكفاح ضد ظاهرة الإجرام من الواجبات الأساسية التي تقع على عاتق المجتمع .

٢ — في هذا الكفاح يجب على المجتمع أن يلجأ إلى وسائل مختلفة سواء قبل وقوع الجريمة أو بعد ارتكابها . ويعتبر القانون الجنائي أحد الوسائل التي يمكن أن يستخدمها المجتمع للإقلال من تلك الظاهرة .

٣ — يجب النظر إلى هذه الوسائل باعتبار أنها تهدف لا إلى حماية المجتمع ضد المجرمين فحسب ، بل كذلك إلى حماية أعضائه من خطر الوقوع في الجريمة. وبما يحققه المجتمع في سبيل هذين الغرضين ينشأ ما يمكن تسميته بالدفاع الاجتماعي . وحركة الدفاع الاجتماعي في اهتمامها بتوفير الحماية للجماعة عن طريق حماية أعضائها تهدف إلى أن يسود في جميع نواحي التنظيم الاجتماعي احترام الشخصية الإنسانية .

ونبحث ذلك في الشريعة بتفصيل .

قال الدهلوي في كتابه « حجة الله البالغة » :

« اعلم أنه كان من شريعة من قبلنا القصاص في القتل، والرجم في الزنا والقطع في السرقة ، فهذه الثلاث كانت متوارثة في الشرائع السماوية وأطبق

---

(١) ص ٢٠٤ من مقالة البروفيسير جراماتيكا منشور في أعمال الحلقة العربية الأولى .

عليها جماهير الأنبياء والأمم ، ومثل هذا يجب أن يؤخذ عليه بالنواجز ولا يترك ، ولكن الشريعة المصطفوية تصرفت فيها بنحو آخر فجعلت مزجرة كل واحد على طبقتين : —

إحداهما : الشديدة البالغة أقصى المبالغة . ومن حقها أن تجعل في المعصية الشديدة .

والثانية : دونها ، ومن حقها أن تجعل فيما كانت المعصية دونها ، ففي القتل القود والدية . والأصل فيه قوله تعالى « ذلك تخفيف من ربكم » .

قال ابن عباس رضي الله عنهما : كان فيهم القصاص ولم يكن الدية . وفي الزنا الجلد . وكان اليهود لما ذهبت شوكتهم ولم يقدروا على الرجم ابتدعوا التجبية والتسحيم [1] .

وفي السرقة العقوبة وغرامة مثليه على ما جاء في الحديث وإن حملت أنواعا من الظلم عليها كالقذف .

والخمر فجعلت لها حدا ، فإن هذه أيضا بمنزلة تلك المعاصي ، وإن زادت في عقوبة قطع الطريق .

قال في الفتح :

الحدود ، موانع قبل الفعل زواجر بعده ، أي العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع من العود إليه .

وقد شرعت لمصلحة تعود إلى جميع الناس من صيانة الأنساب والأموال والعقول والأعراض للانزجار عما يتضرر به العباد من أنواع الفساد ، وهو وجه تسميتها حدودا [2] .

---

(١) انظر ص ١٤ الحد والتعزير للمؤلف .

(٢) انظر ص ١٥ الحد والتعزير للمؤلف .

قال أبو يوسف حدثني الحسن بن عمارة عن جرير بن يزيد قال : سمعت أبا زرعة بن عمر بن جرير يحدث أنه سمع أبا هريرة يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

« حد يعمل به في الأرض خير لأهل الأرض من أن يمطروا ثلاثين صباحا » يظهر من ذلك كله اهتمام الشرع الإسلامي بالكفاح ضد ظاهرة الإجرام ، وأنها من أولى واجبات ولي الأمر .

ثانيا : المبادىء الأساسية للقانون الجنائي :

١ — يجب التسليم بأن الغرض الحقيقي للقانون الجنائي ليس إلا حماية المجتمع وأعضائه ضد الإجرام .

٢ — وللوصول إلى هذا الغرض يجب أولا تأكيد احترام القيم الإنسانية ، والاقتناع بأنه لا يمكن مع التعقل أن نفرض على المجرمين سلوكا غريبا دون أن نتبع في شأنهم الوسائل المطابقة لمبادىء الدين .

فالسياسة الجنائية يجب أن تستمد من التقاليد الإنسانية المبنية على حضارتنا .

٣ — يجب قبل كل شيء أن يحترم القانون الجنائي حقوق الإنسان ، وذلك عن طريق :

أ — مراعاة كل النصوص المترتبة على الشرعية .

ب — مبادىء الحرية .

هذا على اعتبار أن الشرعية أمر لا يجوز مخالفته بوصفها غرة التطور التاريخي للمجتمع المتمدين .

ونبحث ذلك في الشريعة ...

أولا : حماية المجتمع :

كما أن الفقه الغربي انتهى إلى أن للعقوبة وظيفتين لا بد لها منهما ، وهما الوظيفة الخلقية والوظيفة الاجتماعية . فكرة العدل والتكفير وفكرة حماية المجتمع .

بهذا نجد أن الشريعة الإسلامية راعت ذلك منذ بعيد، وأن النظرية الحديثة إنما نهجت منهج الشريعة ؛ ونفرق بين الحد والتعزير .

(١) ـ الحدود

أ ـ حد الزنا :

نجد أن النصوص تلحق بالجاني عقوبة قاسية ولكنها لم تهمل شخصيته ، فإن كان غير محصن فعقوبته غير مهلكة ، وإن كان محصنا فعقوبته الموت رجما . ولكن الشريعة وقد وجدت أن هذه العقوبة شديدة جدا فرضت لإثباتها أمرا عسيرا ، فإن كانت بالبينة فشهادة أربعة يشهدون بالرؤية ، فإن كانوا ثلاثة جلدوا حد القذف حتى لا يتقدم للشهادة إلا الواثق المتأكد ، وحتى لو ثبت الأمر بشهادة الأربعة فيلزمهم البدء بالرجم فإن تخلفوا لا تجب العقوبة .

أما إن كان الإثبات بالإقرار فيجوز فيه العدول .

من كل ما تقدم نجد أن الشريعة مع رغبتها الأكيدة في تحريم الزنا ـ إذ أن فيه ضياعا للأنساب وللحرمات وهتكا للأعراض ـ لم تهمل شخصية الجاني بل تدرجت في العقاب بحسب حال الجاني في نفسه .

ب ـ حد الشرب :

مرد العقوبة حفظ عقول الأفراد ، إذ أن في حفظها حفظا لكيان المجموع . ولم تهمل الشريعة شخص الجاني ، فمن كان مضطرا أو كان مكرها أو جاهلا

فلا إثم عليه ، وإن تحديد العقاب متروك في هذه الجريمة لما يحقق المصلحة العامة . فإن عقوبة الشارب لم تكن مقدرة أيام الرسول صلى الله عليه وسلم بمقدار ثابت ، إذ أنه ضرب أربعين على ما جاء ببعض الآثار ، كما أنها لم تكن الجلد دائما فقد قال أبو هريرة : إن الرسول أتي برجل قد شرب الخمر فقال اضربوه ، فقال أبو هريرة : فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه .

وقد ضرب أبو بكر أربعين جلدة في شرب الخمر ، وضرب علي بن أبي طالب أربعين جلدة [1] وقد ضرب عمر ثمانين جلدة .

ويلزم أن نعلم أن إجماع الصحابة لم ينعقد على الثمانين جلدة التي جلدها عمر لشارب الخمر ، وتحمل الزيادة من عمر على أنها تعزير يجوز فعلها إذا رآها الإمام ، وأن الرسول عليه الصلاة والسلام لم يستقر الحد في زمنه على عدد معين ، وهذا فيه مراعاة لحال الجناة ، فمنهم من يستحق أن يضرب أربعين . ومنهم من يستحق أن يضرب بالسوط ، ومنهم من يستحق أن يضرب بغيره [2] . وأي عقوبة « تتعلق بالضرب » يرى الشارع الوضعي أنها تجدي في منع هذه الجريمة فهي شرعية ، إذ أن التجريم في هذا الشأن لم

(١) جلد علي بن أبي طالب الوليد بن عقبة أربعين جلدة — انظر المغني جزء ١٠ — ص ٣٢٩ ، وفي البخاري أن عليا جلد الوليد ثمانين ، وفي الموطأ « أن عمر استشار في حد الخمر فقال له علي : أرى أن تجلده ثمانين جلدة . فإنه إذا شرب سكر . وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى ، فجلد عمر في حد الخمر ثمانين .

(٢) روى البخاري ومسلم عن عمير بن سعيد النخعي قال : سمعت علي بن أبي طالب يقول : « ما كنت لأقيم على أحد حدا فيموت فأجد في نفسي منه شيئا إلا صاحب الخمر ، فإنه لو مات وديته ، وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه » . ٢٣٧ جزء ٤ الجامع للأصول لابن الأثير . وانظر جزء ٢ ص ٢٨٧ المهذب : كان عمر إذا أتي بالرجل القوي المنهمك في الشراب جلده ثمانين، وإذا أتي بالرجل الضعيف الذي كانت منه الزلة جلده أربعين فإن جلده أربعين ومات لم يضمن لأن الحق قبله ، وإن جلده ثمانين ومات ضمن نصف الدية لأن نصفه حد ونصفه تعزير وسقط النصف بالحد ووجب النصف بالتعزير .

تقدر له عقوبة بنص القرآن ، وإنما هي سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم تحرى بها المصلحة العامة ونحن نتبعه .

ج ــ حد القذف :

إن المصلحة العامة تقتضي معاقبة القاذف بالزنا ، ولا داعي إطلاقا لاعتبار شخصه في هذه الجريمة فإنه لا يستحق المراعاة ، فإن القاذف غيره بالزنا لا سبيل للناس إلى العلم بكذبه، فجعل حده تكذيبا له وتبرئة لعرض المقذوف منعا لهذه الفاحشة التي يحد بالجلد من قذف بها . وإن الله تعالى قد كره إظهار الزنا والتكلم به وتوعد من يحب إشاعته من المؤمنين بالعذاب الأليم في الدنيا والآخرة . قال تعالى : « إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة والله يعلم وأنتم لا تعلمون » .

د ــ حد السرقة :

وإن قطع اليد عقوبة شديدة ولكنها فرضت لمصلحة المجموع ، وقد شرط الشارع شروطا مختلفة لاكتمال أركان السرقة ، فلا قطع في أيام المجاعة والفقر . ولا قطع لسارق القليل . ولا قطع فيمن يسرق الثمار من على الشجرة . ولا قطع لمن يسرق ليقتات أو يسد رمقه .

روي عن الإمام مالك في الموطأ : أن رقيقا لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها . فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأمر عمر كثير بن الصلت يقطع أيديهم . ثم قال عمر أراك تجيعهم ... ثم قال والله لأغرمنك غرما يشق عليك ، ثم قال للمزني : كم ثمن ناقتك فقال المزني قد كنت والله أمنعها من أربعمائة درهم ، فقال عمر أعطه ثمانمائة درهم . قال عمر لعبد الرحمن بن حاطب : أما لولا أني أظنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى لو وجدوا ما حرم الله لأكلوه لقطعتهم . ولكن والله إذ تركتهم لأغرمنك غرامة توجعك .

ومن هذا الأثر نرى أن الفاروق فهم من تشريع قطع اليد أنه عقوبة رادعة لمن يرتكب هذه الجريمة من غير حاجة تلجئه إلى الاعتداء على مال الغير . وحين تبين له أن هؤلاء الغلمة اضطروا لما اجترحوا بسبب ما نالهم من الجوع والحرمان لم ير أن يمضي عليهم حد السرقة [1] .

هـ ـ حد الحرابة :

قال الله تعالى : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض . ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم ، إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » .

عقوبة شديدة مقصود بها حماية الناس وحماية المجتمع من قطاع الطرق ومع ذلك فإن المشرع أخذاً بيد المجرم، وتشجيعاً له على الاستقامة والتوبة، وتيسيراً عليه، طمأنه على نفسه وعفا عنه إن حضر تائبا قبل القدرة عليه، ولن يتوب إلا من هو قابل للإصلاح وبقي عنده بعض من ضمير .

فالعقوبة في الحدود الشرعية يتحقق فيهـــا الشقان : العدل والتكفير ، ومصلحة المجتمع .

ونستطيع أن نلحق بالحدود الجرائم التي يعاقب فيها بالقصاص أو الدية ، وقد ذكر سيف الإسلام البزدوي في مبسوطه أن القصاص يسمى حداً خلافا لعامة الفقهاء [2] .

إن العقوبة هنا مقدرة حقيقة، فالقاضي لا يستطيع أن يزيد أو ينقص منها،

---

(١) ص٦٩ تاريخ الفقه الاسلامي للمرحوم الدكتور محمد يوسف موسى جزء أول. وقد سبق الاستدلال بهذا الأثر بصفحة ٦٧ من هذا البحث عند الكلام على وقف تنفيذ العقوبة وبصفحة ٣٩ عند الكلام عن حالة الضرورة .

(٢) انظر رسالة مخطوطة بدار الكتب معنونة بعنوان الحدود والأحكام لعلي بن مجد الدين بن مسعود ، وانظر ص ٥٩ المبسوط جزء ٢٦ .

ولا أن يعفو عن مرتكب الجريمة فيها ، ومع ذلك فقد فرض جميع هذا للمصلحة العامة . قال تعالى : « ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب » .

جاء في تفسير المنار : فالآية الحكيمة قررت أن الحياة هي المطلوبة بالذات ، وأن القصاص وسيلة من وسائلها ، لأن من علم أنه إذا قتل نفسا يقتل بها يرتدع عن القتل فيحفظ الحياة على من أراد قتله وعلى نفسه ، والاكتفاء بالدية لا يردع كل أحد عن سفك دم خصمه إن استطاع ، فإن من الناس من يبذل المال الكثير لأجل الإيقاع بعدوه . وفي الآية من براعة العبارة وبلاغة القول ما يذهب باستبشاع إزهاق الروح في العقوبة ويوطن النفس على قبول حكم المساواة ، إذ لم يسم العقوبة قتلا أو إعداما بل سماها مساواة بين الناس تنطوي على حياة سعيدة لهم [1] .

كما أن الشرع بجانب مراعاته للمصلحة العامة راعى حال الجاني ، فقد استقر الرأي على التفريق بين العمد والخطأ والقضاء والقدر . فتتدرج العقوبة إذا استوفت الجريمة أركانها من القصاص إلى الدية إلى الأرش إلى حكومة العدل فيما لا تمكن فيه المماثلة في المحلين بين المنافع والفعلين وهي تعدل التعزير .. فإن كان الجاني مجنونا أو صبيا لا يجب عليه القصاص، كما لا يجب إلا في القتل العمد المحض ، كما يلزم أن يكون القاتل مختارا اختيار الإيثار فيخرج المكره فلا قصاص عليه [2] .

(٢) ـ التعازير

وهذه أكثر من سابقتها الحدود ، تظهر فيها النظرية الحديثة بشقيها . قال القاضي أبو يعلى الحنبلي الفراء :

« إن تأديب ذي الهيئة من أهل الصيانة أخف من تأديب أهل البذاء

---

(١) تفسير المنار ج ٢ ص ١٣٣ .
(٢) انظر بدائع الصنائع ص ٢٤١ جـ ٧ .

والسفاهة لقول النبي صلى الله عليه وسلم (أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم) فإن تساووا في الحدود المقدرة فيكون تعزير من جل قدره بالإعراض عنه وتعزير من دونه بزاجر الكلام وغاية الاستخفاف الذي لا قذف فيه ولا سب ثم يعدل بمن دون ذلك إلى الحبس الذي ينزلون فيه على حسب رتبهم وبحسب هفواتهم . فمنهم من يحبس يوما ومنهم من يحبس أكثر من ذلك إلى غير غاية مقدرة ، ثم يعدل بمن دون ذلك إلى النفي والإبعاد إذا تعددت ذنوبه إلى اجتلاب غيره إليها واستضراره بها [1] .

وقال أبو يوسف مخاطبا أمير المؤمنين هارون الرشيد : وتقدم إليهم (إلى الولاة) أن لا يسرفوا في الأدب ولا يتجاوزوا بذلك إلى ما لا يحل ولا يسع ، فإنه بلغني أنهم يضربون الرجل — في التهمة — وفي الجناية — ثلاثمائة ومائتين وأكثر وأقل وهـــذا مما لا يحل ولا يسع . ظهر المؤمن حمى إلا من حق يجب بفجور أو قذف أو سكر أو تعزير لأمر أتاه لا يجب فيه حد ، وليس يضرب في شيء من ذلك؛ كما بلغني أن ولاتك يضربون، وإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نهى عن ضرب المصلين « المسلمين » والتعزير منه ما يكون بالتوبيخ والزجر والكلام . ومنه ما يكون بالحبس ومنه ما يكون بالنفي عن الموطن ومنه ما يكون بالضرب .. الخ [2] .

ورد في تبصرة الحكام :

« إن التعزير يكون بحسب الجاني والمجني عليه والجناية، فإن كان القول عظيما من وفي القدر مخاطبا به لرفيع القدر بولغ في الأدب ، وإن كان على العكس فالعكس .

ففي سنن أبي داود عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود » .

---

(١) الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى ٢٦٣ .
(٢) انظر كتاب الخراج للقاضي أبي يوسف ص ١٥١ .

فإذا تقرر أن فاعل ذلك يؤدب ، فإن كان رفيع القدر فإنه يخف أدبه ويتجافى عنه ، وكذلك من صدر منه ذلك على وجه الفلتة ، لأن القصد بالتعزير الزجر عن العودة إن صدر ذلك منه فلتة يظن به أنه لا يعود إلى مثلها ، وكذلك الرفيع .

والمراد بالرفيع من كان من أهل القرآن والعلم والآداب الإسلامية لا المال والجاه . والمعتبر في الدنيء الجهل والجفاء والحماقة ، فمن كان من أهل الشر يثقل عليه بالأدب لينزجر وينزجر به غيره [1] .

ومما تقدم نلاحظ أن الشريعة وإن اهتمت بمصلحة الجماعة في الحدود اهتماما بالغا فإنها لم تهمل شخصية المجرم إهمالا تاما ، مع أن الحدود فيها من التشريعات الأساسية في نظامها .

وفي التعازير يلاحظ القاضي شخصية الجاني ملاحظة تامة فقد يشترك في الجرم الواحد كثيرون ومع ذلك تتنوع العقوبات عليهم . فما يزجر هذا قد لا يزجر ذاك ، وهذا أرقى ما وصل إليه الفقه الغربي في تفريد العقاب كما سبق القول .

* * *

ثانيا : شرعية العقوبة في الفقه الإسلامي :

المقصود من الشرعية :

المقصود من شرعية العقوبة هو أن القاضي الذي يوقع العقوبة ليس حرا مختارا فيما يفعل ، وإنما هو مقيد بما فرضه الشارع من الجزاء على الجريمة ، فليس للقاضي أن ينشيء عقوبة خاصة ، وليس له أن يتعدى المقدار المحدود سلفا .

---

(١) انظر تبصرة الحكام لابن فرحون ص ٢٠٨ جزء ٢ .

وأساس هذا المبدأ هو الفصل بين السلطات باعتباره أساسا دستوريا . فكل سلطة من سلطات الدولة الثلاث: التشريعية والتنفيذية والقضائية مستقلة عن الأخرى، وكل من هذه السلطات الثلاث تشترك في تحديد العقوبة كل من وجهة خاصة .

فالمشرع يقيس جسامة الجريمة بالخطر الذي يهدد المجتمع ويضع لها عقوبة يفوق ألمها في نظره الفائدة التي تعود على الجاني .

وفيما يتعلق بالقاضي ، يجب عليه أن يعنى ببحث حالة الجاني أكثر مما يعنى بتقدير جسامة الجريمة . وأن يحدد العقوبة بالنظر إلى الوقائع المطروحة أمامه .

وفيما يتعلق بالسلطة الإدارية يجب ألا يخالج ضميرها أن الهيئة الاجتماعية قد عهدت إليها بالمحكوم عليه لمجرد إيلامه بل يجب أن تعتقد تمام الاعتقاد أنها تنفذ العقوبة عليه بقصد إصلاحه .

ولكن إذا كان القضاة ورجال الإدارة لهم من السلطة ما يسمح لهم بتخفيف العقوبة أو انتقاصها أو إلغاء تنفيذها ، فهناك حاجزان لا يمكن تخطيهما ، إذ أنهم لا يستطيعون أن يبرئوا شخصا ثبتت إدانته.. ولا أن يرفعوا العقوبة عن الحد الأقصى الذي وضعه الشارع [1] .

وغاية هذا المبدأ حماية حريات الأفراد من تعسف السلطات المختلفة ، فالعقوبة أذى خطير يصيب الفرد في بدنه أو ماله أو شرفه ، ولن يكون هذا الأذى مشروعا إلا بنص .

وعلى هذا المبدأ الأساسي تترتب النتائج الآتية : —

١ — لا يقضي القاضي بالعقوبات إلا بما يقضي النص الصريح بتوقيعه .

---

(١) انظر جارو جزء ٢ ص ٤٦٤ والموسوعة الجنائية جزء ٥ ص ١٨

٢ — لا يقضي القاضي بعقوبة جريمة في جريمة أخرى مهما كانت ملاءمة العقوبة لتلك الجريمة .

٣ — أن على المشرع أن يعين العقوبة الخاصة بكل جريمة ويبين أساليب تنفيذها .

٤ — لا يستطيع القاضي الجنائي أن يتوسع في تفسير النصوص الجنائية .

المبدأ في الفقه الإسلامي :

يقوم المبدأ على أساسين : الأول الفصل بين السلطات ، والثاني حماية حريات الأفراد . فهل يتحقق في الفقه الإسلامي هذان الأساسان ؟

الأساس الأول : الفصل بين السلطات :

١ — السلطة التشريعية في الدولة الإسلامية يتولاها المجتهدون وأهل الفتيا ، وسلطتهم لا تعدو أمرين :

أ — بالنسبة إلى ما فيه نص فعملهم تفهم النص وبيان الحكم الذي يدل عليه .

ب — بالنسبة إلى ما لا نص فيه فعملهم قياسه على ما فيه نص واستنباط حكمه بوساطة الاجتهاد ، وتخريج العلة وتحقيقها .

ولكن على ممر العصور الاستبدادية في الإسلام ترك أمر التشريع فوضى ، فادعى الاجتهاد من ليس أهلا له ، وتعذر تعيين من له السلطة التشريعية ، واستحال اجتماعهم وتبادلهم الآراء ، وكان من نتيجة هذا تشعب الآراء واختلاف الأحكام اختلافا لم يتيسر للحكومات الإسلامية معه أن ترجع إلى آرائهم أو تلتزمها . ولما وجد العلماء أن هذه الفوضى التشريعية لا تقف عند حد عالجوها بسد باب الاجتهاد ، فوقفت حركة التشريع عند ما وصل

إليه الأئمة في القرن الثاني الذين راعوا في استنباط الأحكام حال عصرهم ومصالح الناس في زمانهم وبلادهم [1] .

٢ ــ والسلطة القضائية كانت في صدر الإسلام تجتمع في يد واحدة مع السلطة التشريعية ، لأن الخليفة كان يتولاها فإن وجد نصا قضى وإن لم يجد نصا كان يستشير الفقهاء والمفتين من الصحابة فإذا تكون الرأي قضى به .

وأول خليفة ولى السلطة القضائية نفراً معينا هو عمر بن الخطاب ، فقد ولى أبا الدرداء قضاء المدينة ، وولى شريحا قضاء الكوفة ، وولى أبا موسى الأشعري قضاء البصرة ، وكان هؤلاء يولون القضاء والتشريع معا ، فقد جاء في رسالة عمر لأبي موسى الأشعري : الفهم الفهم فيما ورد عليك مما ليس في كتاب ولا سنة .

ولما دوّن الأئمة المجتهدون اجتهاداتهم واتخذها رجال القضاء مرجعا ، وصل الأمر إلى أن أصبح القضاة مقلدين فقط .

فكان القضاة في زمن الخلفاء الراشدين وبني أمية مجتهدين لا يقلدون أحدا في أحكامهم لأن التقليد لم يكن معروفا فيهم ولم تكن المذاهب دونت . قال صاحب الوسيط : انقضى زمن الخلفاء الراشدين ولم يدون فيه كتاب إلا ما كان من أمر كتابة المصحف وكان مرجع الناس في أمر دينهم ودنياهم كتاب الله وسنة رسوله فإذا اشتبه عليهم أمر من الأمور رجعوا إلى الخلفاء وفقهاء الصحابة واستظهروا باجتهادهم رأيا عملوا به ، وقد كانوا لا يكتبون أقوال النبي صلى الله عليه وسلم وفتاوى الصحابة خشية أن يجرهم ذلك إلى الاعتماد على الكتب وإهمال حفظ القرآن الكريم والسنة ، ولأن الكتاب عرضة للضياع والتصحيف والتحريف ، ثم لما حدثت الفتن وتعددت المذاهب والنحل وكثرت الأقوال والفتاوى والرجوع فيها إلى الرجال والرؤساء ، ومات أكثر الصحابة خافوا أن يعتمد الناس على رؤسائهم ويتركوا سنة رسول الله فأذن

---

(١) ص ٤٥ ، ص ٤٦ من كتاب السياسة الشرعية للمرحوم الأستاذ عبد الوهاب خلاف .

أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز لأبي بكر محمد بن حزم نائبه على المدينة في الولاية والقضاء أن يدون الحديث بعد أن استخار الله أربعين يوما ، فدون ما يحفظ عن الرسول في كتاب بعث به عمر إلى الأمصار .

وكما كانوا مجتهدين كانت لهم الحرية المطلقة فيما يرونه من الأحكام [1] . يحكمون على الأمير والوزير لا يخشون شيئا ما دام الحق رائدهم .

وكان تعيين القضاة من حق الخليفة ، وتارة يكل هذا التعيين إلى الولاة ومع ذلك لا يسلبه ذلك أن يجلس للقضاء بنفسه .

ويقول المرحوم الأستاذ محمد الخضري فيما كتبه عن القضاء في الدولة الأموية : ويظهر لنا أن قضاء القضاة في عهد الخلفاء الراشدين كان قاصرا على فصل الخصومات المدنية ، أما القصاص والحدود فكانت ترجع إلى الخلفاء وولاة الأمصار ، لأنا رأينا قضايا حكم فيها الخلفاء والأمراء بقتل قصاصا أو جلد بسكر ولم يبلغنا أن قاضيا ليس أميرا قضى بعقوبة منها أو نفذها ، وكانت العقوبات التأديبية كالحبس لا يأمر بها إلا الخليفة أو عامله فكانت الدائرة القضائية ضيقة [2] ، وليس في الإسلام ما يمنع وضع نظام خاص للسلطة القضائية يحدد اختصاصها ويكفل تنفيذ أحكامها ويضمن لرجالها حريتهم في إقامة العدل بين الناس . ومع ذلك سلب الولاة من القضاة النظر في المظالم والجرائم وإقامة الحدود ، ونتج في العصور الاستبدادية أن ترك الأمر بين ضعفاء وأقوياء بدون قانون [3] .

وفي مقدمة ابن خلدون : إنما كان للقاضي في عصر الخلفاء الفصل بين الخصوم فقط . نعم قد يفوض له الخليفة نظر بعض الأمور العامة لا باعتبار أنها داخلة في ولاية القضاء ولكن لما يراه في القاضي من الكفاءة للقيام بها .

---

(١) ص ٢١ تاريخ القضاء في الإسلام للقاضي محمد بن عرنوس .
(٢) ص ٢٥ المرجع السابق .
(٣) ص ٥٠ من كتاب السياسة الشرعية للمرحوم الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف .

وقد ذكر القرافي المالكي فروقاً عشرة بين القاضي ووالي المظالم وفروقا تسعة بين القاضي وبين والي الجرائم أو والي الشرطة .

فالقاضي من حيث هو قاض ليس له إلا الفصل في الخصومات ، فإن كان يلي ولاية المظالم مع ولاية القضاء كان له النظر فيما فوض إلى صاحب هذه الولاية ، وإن أضيفت له ولاية الشرطة نظر فيما يخصه أيضا حتى أن بعض القضاة قد خول له قيادة الجند أيضا كما فعل المأمون مع قاضيه يحيى بن أكثم وكما فعل عبد الرحمن الناصر بالأندلس مع القاضي منذر بن سعيد .

وكان بعض القضاة يتوسع في اختصاصه لمصلحة يراها كما فعل عبد الرحمن بن معاوية ابن خديج قاضي مصر من قبل عبد العزيز بن مروان في أموال اليتامى ، فإنه ضمن عريف كل قوم أموال يتامى تلك القبيلة وكتب بذلك كتابا كان عنده فجرى العمل على ذلك [١] .

٣ — والسلطة التنفيذية يرأسها الوالي ومن معه من رجال الجيش وجباة الضرائب والشرطة وعمال الحكومة ، وكان عموم الولاية وخصوصها لا يستند إلى نظام ولا يعتمد على قانون وليس أضيع لحقوق الأفراد وأدعى إلى سلب حريتهم من عدم تحديد وظيفة القابضين على مقاليد السلطة العامة .

وقد جاء في الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى الحنبلي المتوفى سنة ٤٥٨ هـ : ما يصدر عن الإمام من ولايات خلفائه أربعة أقسام : —

الأول: من تكون ولايته عامة في الأعمال العامة وهم الوزراء لأنهم مستنابون في جميع النظرات من غير تخصيص ، وتقليد الوزارة جائز لما حكاه الله تعالى عن نبيه موسى عليه السلام: « واجعل لي وزيرا من أهلي هارون أخي، اشدد به أزري واشركه في أمري » . وإذا جاز ذلك في النبوة كان في الإمامة أجوز لأن ما وكل إلى الإمام من تدبير الأمة لا يقدر على مباشرة

---

(١) ص ٢٧ تاريخ القضاء في الإسلام للقاضي عرنوس .

جميعه إلا بالاستنابة ، ونيابة الوزير المشارك له في التدبير أصح في تنفيذ الأمور من تفرده بها ليستظهر به على نفسه وليكون أبعد عن الزلل وأمنع من الخلل .

والوزارة على ضربين وزارة تفويض ووزارة تنفيذ :

أما وزارة التفويض فهي أن يستوزر الإمام من يفوض إليه تدبير الأمور برأيه وإمضاءها على اجتهاده ، فيعتبر في تقليد هذه الوزارة شرط الإمامة .

أما وزارة التنفيذ فحكمها أضعف وشروطها أقل والوزير فيها وسيط بين الرعاة والولاة يؤدي عنه ما أمر .. وينفذ ما ذكر .. ويمضي ما حكم .

الثاني : من تكون ولايته عامة في أعمال خاصة ، وهم الأمراء للأقاليم والبلدان ، لأن النظر فيما وضعوا به من الأعمال عام في جميع الأمور .

والإمامة عامة ، وهو أن يفوض الخليفة إمامة بلد أو إقليم ولاية على جميع أهله ، وإمارة خاصة مقصورة على تدبير الجيوش ، وسياسة الرعية ، وحماية البيضة ، والذب عن الحريم ، وليس له أن يتعرض للقضاء والأحكام ، ولا لجباية الخراج والصدقات فإمارته مقيدة .

الثالث : من تكون ولايته خاصة في الأعمال العامة ، وهم مثل قاضي القضاة ونقيب الجيوش وحامي الثغور ومستوفي الخراج ، وجابي الصدقات . لأن كل واحد منهم مقصور على نظر خاص في جميع الأعمال .

الرابع : من تكون ولايته خاصة في أعمال خاصة وهم مثـــل قاضي بلد أو إقليم أو مستوفي خراجه، أو جابي صدقه، أو حامي ثغره ، أو نقيب جنده ، لأن كل واحد منهم خاص النظر .. مخصوص العمل [1] .

---

(١) انظر ص ١٢ وما بعدها كتاب الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى الفراء .

الأساس الثاني : حماية حرية الأفراد :

يبدو الإسلام في ظاهره– وبالنظر إلى ما كان يأتيه خلفاء العهد الأموي وولاتهم وما بعده من العهود الإسلامية – لا يعطي الفرد حقه في الحرية بأنواعها، ولكن في الواقع أن العيب ليس عيب النظام بقدر ما كان عليه فساد أولي الأمر . إن الباحث في تاريخ هذه العصور يؤلمه ما كان عليه ظلم الولاة وقسوتهم بقدر ما كان عليه عدل الخلفاء الراشدين ، كانت حياة الأفراد تافهة كلمة من والٍ تسعد الإنسان أو تشقيه ، فهل كان ذلك من أصول الإسلام المعروفة ؟

نبحث ذلك في مفردات الحرية كما تعرف في هذا العصر الحديث .

الحرية :

إن الحرية في الغرب منحت للإنسان نتيجة للاعتراف لشخصه بالكرامة ولنفوره من الحدود والسدود . والحرية كرأي أو منهج أو مذهب قد تكون من المباحث الأساسية في الفلسفة أو علم الكلام أو علم الأخلاق أو الاقتصاد أو السياسة ، لكنها ليست كذلك في علم القانون ، ومع ذلك فالوقوف بها يكون واجبا على الفقيه والقاضي والمشتغل بالقانون ، حين تصبح عقيدة تختلط بمثل الجماعة وقيمها العامة فتصير جزءاً منها حين يعتقد عامة الناس أنهم لا يستطيعون العيش بدونها أو على الأصح حين يتصور عامة النـــاس أو طائفة كبيرة من عامتهم أن العيش بدونها أمر غير متفق مع سنن الكون وطبيعة الأشياء . عندئذ تكون الحرية حقيقة من الحقائق الاجتماعية الكبرى لا يتوقف وجودها على صحة أو بطلان أساسها النظري أو الفلسفي ، حقيقة يصدر عنها حقوق وواجبات عامة وخاصة ويتأثر بها سلوك الحاكمين والمحكومين كما يتأثر بها عمل المشرع واجتهاد القاضي؛ والحرية كعقيدة أشبه الأشياء بتلك الجزر البركانية التي توجد في المحيط يحسبها غير المدقق رقعة من سهل اكتسحه البحر على حين أنها قمة جبل نتأ في قاع اليم يخفي الماء أبعاده وحقيقته .

ونحن حين نطالع الدساتير ونصوص إعلان حقوق الإنسان في البلاد المختلفة لا نشاهد من أبعاد الحرية ومعالمها الغارقة في تاريخ الأمم وأعماق نفسيتها وعقليتها إلا نصوصا تبدو متشابهة العبارة تشابه تلك الجزر حينما ننظر إليها نظرة لا تتجاوز سطح الماء [1] .

هذه هي الحرية عند الغرب والغربيين ، فهل عند الإسلام والمسلمين شبيهها إن لم يكن أصلها ؟

نستعرض بعض النصوص لنرى .

الحرية في الإسلام :

أساس الحرية وجوهرها: حرية الفكر.. وحرية الرأي.. وحرية العقيدة . فهل هذه الأسس موجودة في الإسلام ؟

حرية الفكر :

لولا حرية الفكر ما وجدت النظم ولا قامت المشروعات ، فالتفكير الحر ينير البصائر ويهدي إلى خير المصائر ، ومن يتمعن في النصوص الإسلامية يجد الكثير من هذا القبيل .

قال الله تعالى :

١ ــ (وفي الأرض آيات للموقنين وفي أنفسكم أفلا تبصرون) [2] .

٢ ــ (أفلا ينظرون إلى الإبل كيف خلقت، وإلى السماء كيف رُفِعَتْ وإلى الجبال كيف نصبت وإلى الأرض كيف سطحت) [3] .

---

(١) ص ٥ ، ٦ ، ٧ من كتاب جرائم النشر للأستاذ محمد عبد الله محمد .

(٢) سورة الذاريات .

(٣) سورة الغاشية .

٣ — (أفلم يسيروا في الأرض فتكون لهم قلوب يعقلون بها أو آذان يسمعون بها)[1] .

قال صلى الله عليه وسلم : « تفكر ساعة خير من قيام ليلة » .

حرية الرأي :

إن الدين الإسلامي ما أطلق للعقل عنان الفكر إلا ليمهد للإنسان سبيل الوصول إلى الرأي الرشيد . وحرية الرأي تقوم على الإيمان بالعقل .

قال صلى الله عليه وسلم : « ما أنت بمحدث قوما حديثا لا تبلغه عقولهم إلا كان لبعضهم فتنة » أخرجه مسلم عن ابن مسعود ، وابن عساكر عن ابن عباس .

كما قال الله تعالى لنبيه : « ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن » .

فأساس حرية الرأي في الإسلام ثلاثة أحكام : —

١ — الحكمة : وهي العلم النافع والحجج البالغة ، والأدلة الدامغة التي تنير الحق وتبدد ظلام الباطل ، ولا تدع مجالا للشك أو الشبهة .

٢ — الموعظة الحسنة : النصيحة الممزوجة بالترغيب والترهيب .

٣ — المجادلة بالحسنى : وهي إقامة الحجة في هدوء ودعة بلين ورفق ، إذ أن الغلظة وفرض الرأي يزيد المصر إصراراً على رأيه .

حرية إبداء الرأي :

يقول البعض: إن الإسلام قد بني على عدم معارضة الإمام، ولكن الناظر في النصوص والوقائع التي حدثت في دور التشريع يخرج بأن حرية إبداء الرأي مكفولة.

---

(١) سورة الحج .

١ ــ الصراحة والتزام الحق قولا وعملا :

ونجد النصوص التي تدل على ذلك كثيرة جدا منها :

قال الله تعالى :

(١) « إن الله لا يستحي أن يضرب مثلا ما بعوضة فما فوقها » (البقرة)

(٢) « والله لا يستحي من الحق » (الأحزاب)

(٣) « ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا. اعدلوا هو أقرب للتقوى واتقوا الله إن الله خبير بما تعملون » . (المائدة)

قال صلى الله عليه وسلم :

(١) التذلل للحق أقرب إلى العز من التعزز بالباطل .

(٢) وهناك كثير من الأحاديث توصي بقول الحق .

٢ ــ الشورى :

قال تعالى :

١ ــ « وشاورهم في الأمر . فإذا عزمت فتوكل على الله » .

(آل عمران)

٢ ــ « وأمرهم شورى بينهم » .

(الشورى)

٣ ــ النصيحة :

١ ــ الدين النصيحة . قلنا : لمن ؟ قال : لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم .

٢ — من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان .

٣ — ورد من آثار الخلفاء الراشدين وهم عمد الإسلام أنهم كانوا يتقبلون النصح من أي فرد ولو كان أعرابياً ساذجاً .

حرية العقيدة :

قال الله تعالى : « لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي » . ومع ذلك فقد حارب الإسلام المشركين لإخراجهم من ظلمة التفكير ، كما حارب أهل الكتاب لأنهم غيروا في أديانهم ، لذلك وجب إرجاعهم إلى أصل ما نزل عليهم . قال الله تعالى : « قل يا أهل الكتاب لستم على شيء حتى تقيموا التوراة والإنجيل وما أنزل إليكم من ربكم » . (سورة المائدة) .

كما أن الاسلام يحافظ على الحرية الشخصية للإنسان فيحترم آدميته ، فقد ورد في كتاب الخراج عن الشيباني عن علي بن حنظلة عن أبيه قال : « قال عمر رضي الله عنه: ليس الرجل بمأمون على نفسه إن أجعته أو أخفته أو حبسته أن يقر على نفسه » . (١)

حدث محمد بن إسحق عن الزهري قال : أُتي طارق بالشام برجل قد أخذ في تهمة سرقة فضربه فأقر بها ، فبعث به إلى عبدالله بن عمر رضي الله عنهما يسأله عن ذلك ، فقال ابن عمر : « لا يقطع فإنه إنما أقر بعد ضربه إياه (٢) » .

يتجلى في ذلك كله أن الإسلام ليس في نصوصه ما يقيد الفكر ، بل إنه يعمل على صون هذه الحرية من الفساد على اختلاف ضروبه ، وإن ما قام به من الحروب كان لحياطة هذه الحرية والإبقاء عليها سليمة من الأفكار الشاذة

(١) ص ١٧٥ كتاب الخراج لأبي يوسف .

(٢) نفس المصدر .

التي تتنافى مع طبيعة الأمور كالشرك بالله أو تغيير من الأصول الشرعية التي نزلت بها الكتب السماوية .

مما تقدم نرى أن النظام الإسلامي ليس فيه ما ينافي توزيع السلطات المختلفة بحسب درجات الحكام ، ولا ما يمنع من أن تسند السلطة القضائية لمختصين والتنفيذية لآخرين . أما السلطة التشريعية فهي محددة بالكتاب والسنة والإجماع والاجتهاد في النصوص ويسند ذلك إلى المجتهدين وأهل الفتيا .

فالحرية في الإسلام ظاهرة للعيان ووردت بها الآثار الصحيحة كما بيناه . أما ما فعله بعض الولاة فليس في الإسلام في شيء .

وأساس مبدأ شرعية العقوبة موجود في الإسلام نتلمسه من بين طيات النصوص : تارة واضحاً صريحاً في عهود الإسلام المشرقة ، وتارة غامضاً مبهماً في عهود الإسلام المظلمة . وطالما تلمسنا أساس المبدأ نستطيع أن نتلمس المبدأ .

في الحدود والقصاص والدية :

إن العقوبات في الجرائم التي يحد فيها أو الجرائم التي يقتص فيها أو يودى مثل واضح لمبدأ الشرعية ، فالعقوبات محددة تحديداً واضحاً صريحاً لا لبس فيه. وقد اتفقت كلمة فقهاء الإسلام على أن العقوبات — وخاصة في الحدود — مما لا يثبت بالرأي والقياس (1) وأنها لا تثبت إلا بالنص .

في التعازير :

يقول البعض : إن مبدأ شرعية العقوبة أهدر إهداراً تاماً في التعازير ، لأن القاضي يطبق ما يشاء من العقوبات على ما يشاء من الجرائم . ولو تمعنا ونظرنا

---

(1) انظر ص ٢٠٨ جزء ٣ الزيلعي ، وانظر ص ٢٩٩ ، ٥٢١ ، ٥٢٣ جزء ٢ — الجصاص وانظر ص ٤٤ جزء ٩ المبسوط .

في أحدث نظرة للفقه الجنائي الحديث الذي يقول بتفريد العقاب على المجرمين ، لوجدنا أن ذلك ما هو إلا نسخة مطابقة لمبدأ التعازير . فالجرم واحد ولكن يختلف حكم القاضي على كل بحسب حالته الاجتماعية ودرجة ثقافته وقابليته للإصلاح ، فيحكم بمعاملته بالفئة(أ) أو بالفئة(ب) إلى آخره . وذلك في العصر الحديث . فانظر إلى تقسيم بعض الفقهاء [1] .

التعازير أربع مراتب :

١ — تعزير الأشراف والقواد ، بالإعلام والجر إلى باب القاضي ، والخطاب بالمواجهة .

٢ — تعزير أشراف الأشراف وهم العلوية والفقهاء ، بالإعلام المحدد وهو أن يبعث القاضي أمينه فيقول له بلغني أنك تفعل كذا وكذا .

٣ — تعزير الأوساط وهم السوقة أي العامة بالإعلام والجر والحبس .

٤ — تعزير الأخساء وهم السفلة بالإعلام والجر والضرب والحبس .

وإن العقوبة في التعزير ليست على هوى القاضي ، وإنما هو مقيد فيها بشقين : —

١ — من ناحية الجريمة : فلايملك القاضي أن يعاقب على كل فعل ، وإنما العقاب لمن ارتكب المعصية فقط . فالمعصية وهي تقابل الآن المعنى القانوني للجريمة هي التي يجوز فيها التعزير في غير المقدرات [2] .

٢ — ومن ناحية العقوبة : تناقش الفقهاء طويلاً في عقوبات التعازير ، ولكن كل خلافهم في القدر ، أما نوع العقوبات فالكل متفق عليه ، فلا يستطيع القاضي أن يستحدث عقوبة لم ينص عليها القرآن ، أو لم تدل عليها سنة ، أو يجتمع عليها الخلفاء .

---

(١) كتاب الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٢٦٣ .

(٢) انظر مبحث التعزير في كتاب الحد والتعزير للمؤلف .

وكل ذلك الخلاف رحمة بالناس ، فلو انعقدت الكلمة على عقوبات محددة على الجرائم جميعاً لصارت مقدرة كالحدود ، وفي هذا حرج شديد . ولكن حكمة الشارع اقتضت أن يترك الأمر لكل حالة على حدة ، فما يناسب هذا من العقاب لا يناسب ذاك ، وهذا ما وصل إليه الآن الفقه الغربي بعد تطوره الطويل وهو ما يعرف بتفريد العقاب .

فمبدأ شرعية العقوبة واضح وملموس في الفقه الإسلامي ، بل إن هذا الوضوح فيه وهو ذلك الفقه القديم يثبت لنا أنه غير مأخوذ من الشريعة الرومانية على ما يقول البعض ، بل المعقول أن المشرع الغربي قد استفاد فائدة كبرى بعد الثورة الفرنسية من الفقهاء المسلمين في الأندلس عندما شرع في التقنين . إلى أن وصل الأمر بالفقه الغربي الآن في أحدث صورة إلى الأخذ بفكرة تفريد العقاب ، وهي نسخة أخرى من فكرة التعازير .

ما يترتب على المبدأ في الفقه الإسلامي :

يترتب على مبدأ الشرعية قاعدتان أساسيتان :

الأولى : عدم رجعية القوانين الجنائية ، وهو مبدأ مكمل للشرعية حتى يأمن الأفراد على حرياتهم فيباشرون نشاطهم وهم آمنون إلى أنهم ما خالفوا قانوناً ولا ارتكبوا إثماً .

الثانية : تحديد سلطة القضاء في تفسير النصوص الجنائية حتى لا يتوسع القضاة في التفسير إلى أن ينتهي بهم الأمر إلى التشريع .

ذلك هو المبدأ في الفقه الغربي وما يترتب عليه ، وقد تبين لنا مما سبق بحثه وجود المبدأ فهل هذه النتائج موجودة أيضاً في الفقه الإسلامي ؟

القاعدة الأولى :

عدم رجعية القوانين الجنائية على الماضي .

إن المطلع على الفقه الإسلامي يجد ما يجعله يزداد يقيناً بوجود هذه القاعدة الحديثة في الفقه الغربي ، في الفقـــه الإسلامي ، ويمكن استخلاص ذلك من القواعد الآتية : —

١ — قوله تعالى : « وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً » .

٢ — قوله تعالى في كثير من الحالات : « عفا الله عما سلف » .

٣ — قاعدة تقرر أنه: لا تكليف شرعاً إلا بفعل ممكن ، مقدور للمكلف ، معلوم له علماً يحمله على امتثاله .

٤ — لم يرد في الآثار أن النبي صلى الله عليه وسلم عاقب عن أي جريمة حدثت قبل نزول النصوص [١] .

٥ — لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص .

ويقول بعض الفقهاء إن هذه القاعدة مطلقة في الفقه الإسلامي ولا يرد عليها استثناء إلا في الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن أو النظام العام وضربوا لذلك ثلاثة أمثال : —

١ — جرائم القذف

٢ — جرائم الحرابة

٣ — الظهار

ولنا أن القاعدة مطلقة في الفقه الإسلامي ونناقش أدلتهم : —

١ — جريمة القذف :

في النص خلاف ، فالبعض يرى أنه نزل قبل حادث الإفك ، فلما كان هذا الحادث وبرأ الله عائشة منه طبق النص على القذفة وعوقبوا بالعقوبة التي قررها .

---

(١) قال الله تعالى بصدد من شرب الخمر قبل نزول التحريم : « ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا إذا ما اتقوا وآمنوا وعملوا الصالحات ... الخ الآية » .

والبعض يرى أن النص نزل بعد حادث الإفك، فقد أخرج أبو داود عن عائشة رضي الله عنها قالت : لما نزل عذري قام النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر فذكر ذلك وتلا ، فلما نزل من المنبر أمر بالرجلين والمرأة فضربوا أحدهم .

وفي رواية عن محمد بن إسحق — لم يذكر عائشة — قال : فأمر برجلين وامرأة ممن تكلم بالفاحشة : حسان بن ثابت ، ومسطح بن أثاثة ، قال العقيلي : ويقولون : المرأة حمنة بنت جحش .

فيقول بعض الشراح إن هذا النص يفهم منه أن عقوبة القذف كان لها أثر رجعي إذ طبقها النبي صلى الله عليه وسلم على مرتكب حادث الإفك بالرغم من أن النص ورد بعد الحادث .

ولنا أن جريمة القذف التي ارتكبت في حق السيدة عائشة كانت متكررة يتقول بها المتهمون إلى أن نزل النص فهي أشبه بالجريمة المستمرة التي يلحقها القانون الجديد حالة الاستمرار ، فإذا كان النبي صلى الله عليه وسلم على أحد القولين طبق الحد على القذفة بالرغم من أن النص لم يكن قد وجد بعد ، فإن ذلك لم يكن استثناء ، إذ أن القذفة كانوا يتقولون حتى نزول النص وأشاعوا إشاعتهم حتى نزل بالمسلمين كرب شديد وكادوا يتلاقون في قتال ، فجريمتهم تكررت منهم فكانت العقوبة على الجريمة الأخيرة [1] .

٢ — جريمة الحرابة :

إن الآية : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ... الخ » — اختلف فيها الفقهاء ، والحقيقة أنها لا رجعية فيها على الماضي ، فقد استقر الأمر على

(١) انظر ص ٢٧٠ من التشريع الجنائي الإسلامي . في الاستثناء الخاص بالقانون الأصلح للمتهم . ونرى أن الشريعة لا ترفض المبدأ وإن كنا لم نستدل على تطبيقات له ونعتقد أن المثل الذي أتى به المؤلف غير واضح .

أن هذه الآية توضح جزاء المحاربين الذين يسعون في الأرض فساداً، وأن ما فعله الرسول عليه الصلاة والسلام بالعرنيين كان من قبيل القصاص .

٣ ــ الظهار [١] :

يقول البعض إن آية الظهار لها رجعية على الماضي ، فعاقبت على فعل كان مباحاً .

ولنا أن الظهار كان تصرفاً من التصرفات القانونية التي تترتب عليها آثارها . وهو بعيد من أن يكون جرماً معاقباً عليه بعقوبات جنائية بحتة ، قد يكون فيه الكفارة وهي كما نعلم أقرب إلى العبادات منها إلى العقوبات ، ولا يمكن أن نأخذ قاعدة عامة من جزاء أقرب إلى الديني منه إلى الجنائي .

ولذلك نستطيع القول إن قاعدة عدم الرجعية موجودة في الفقه الجنائي الإسلامي ولم يرد عليها استثناء ما [٢] .

أما الكفارة فهي دائرة بين العبادة والعقوبة كما في اليمين الغموس [٣] .

القاعدة الثانية :

تحديد سلطة القضاء في تفسير النصوص الجنائية .

إن القاضي لا يتوسع في تفسير النصوص الخاصة بالعقوبة سواء كانت من القرآن أو الحديث ، وذلك لأن توسعه في تفسير هذه النصوص يؤدي في النهاية إلى التشريع وهو ما لا يجوز في المواد الجنائة .

* * *

(١) انظر في معنى الظهار ما ذكرناه في كتاب العقوبة في الفقه الإسلامي ــ الطبعة الثالثة ــ ص ١٧٠ .

(٢) انظر ما ذكرناه بخصوص القانون الأصلح للمتهم .

(٣) هي الحلف كذبا عن عمد .

ثالثا : نظرية القانون الجنائي :

١ ــ إن الغرض من القانون الجنائي هو حماية المجتمع وأعضائه ضد الإجرام ويترتب على ذلك مراعاة أن يكون تفسير قواعد هذا القانون مهمة عملية ضرورية وتقتضي كشأن غيرها من المهام المعقدة دراسة واعية وعملية للحقيقة . ويجب أن يعتمد القانون الجنائي سواء في تكوينه أو في تطبيقه بقدر الإمكان على المعطيات العلمية .

٢ ــ يجب ألا تؤسس نظرية القانون الجنائي على الفقه الميتافيزيقي . ولهذا يجب تجنب وقوع القانون الجنائي أو تطبيقه تحت تأثير بعض الأفكار ذات الطبيعة الميتافيزيقية مثل الإرادة الحرة ، والمسئولية ، على أنه من ناحية أخرى يجب أن لا نسلم بالفقه الذي ينكر القيم الأدبية ، فمن الضروري أن تكون العدالة الجنائية مطابقة للشعور الاجتماعي الذي يعطي اهتماماً كبيراً بالمسئولية الأدبية للفرد .

٣ ــ يجب النظر إلى الخلاف بين التدابير التي تتخذ في مواجهة المجرم باعتباره مسألة ذات طبيعة عملية . والمهم هو في اختيار التدبير الذي يتفق مع غرض القانون الجنائي . فالتدبير المختار يجب في كل حالة أن يكون من أجل إصلاح المحكوم عليه وإعادته إلى حظيرة المجتمع . وإذا احتفظنا باسم العقوبة بالنسبة إلى بعض التدابير كالغرامات وبعض التدابير الماسة بالحرية ذات المدة المحددة ، فإنه يجب اعتبار أن هذه العقوبات تعتبر أيضاً في تدابير الدفاع الاجتماعي .

هذا هو المبدأ الثالث من برنامج الحد الأدنى . وهو يكرر في الفقرة الأولى ما ذكره في المبدأ الثاني من أن الغرض من القانون الجنائي هو حماية المجتمع . وقد تكلمنا بما فيه الكفاية عن هذا الأمر .

أما ما ذكر عن قواعد تفسير قواعد القانون الجنائي فيجب أن نعلم علاوة على ما قلناه أن الأمر مختلف في الشريعة ، فالفقهاء المسلمون وسبقهم في ذلك

الخلفاء الراشدون والأئمة الأربعة ومدارسهم المختلفة يتولون تفسير المبهم ، ذلك أن الشريعة الإسلامية أصلها القرآن الكريم ، ثم قام النبي صلى الله عليه وسلم ووضح المبهم وفسر الغامض بوحي من لدنه تعالى . كما أن الخلفاء الراشدين بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم كانوا إذا لم يجدوا شيئاً في كتاب الله ولا في سنة رسوله اجتهدوا رأيهم مع الحرج الشديد مخافة الخطأ . فهذا هو أبي بكر الصديق يقول :(هذا رأيي فإن يكن صواباً فمن الله وإن يكن خطأ فمني وأستغفر الله)، ولأن النصوص عامة ، والأفهام تتنوع في المسألة الواحدة فقد حصل خلاف بين الخلفاء الراشدين أنفسهم .

ولذلك نجد في الفقه الإسلامي آراء متباينة متنوعة في الفروع ولكنها لا تخالف الأصول العامة في الشريعة .

وبذلك يستطيع المشرع الوضعي في أي بلد من بلاد المسلمين إذا أراد أن يطبق الشريعة الإسلامية في أي فرع من الفروع يجد ما يريد من الآراء التي تناسب العصر الذي يعيش فيه والمكان الذي يعيش به .

فالمشرع الجنائي عند تجريمه لجريمة السرقة يستطيع إذا أراد أن يشترط الحرز لإتمام أركان الجريمة ، كما يستطيع إذا أراد اشتراط النصاب . كما يستطيع مشرع في بلد آخر أن لا يشترطهما وذلك وفقاً لظروف كل بلد .. وهكذا .

أما بالنسبة للتدابير التي تتخذ في مواجهة المجرم وضرورة اختيارها من أجل صلاح المجرم ، فلا يوجد في الشريعة ما يمنع القاضي من ذلك .

رابعا : برنامج تطوير القانون الجنائي :

١ ـ يجب البحث في أن تساهم مختلف التدابير التي يتخذها القانون الجنائي ـ بقدر الإمكان ـ في إقامة نظام واحد لرد الفعل الاجتماعي ضد الواقعة الإجرامية .

٢ – يجب أن يسمح النظام للمحكمة في اختيار التدبير الملائم في كل حالة على حدة لكي يتفق مع حالة من سيفرض عليه التدبير .

٣ – يجب اعتبار الإجراءات القضائية والمعاملة العقابية التي يخضع لها المجرم عملاً إجرائياً مستمراً . ومن ثم فكل المراحل اللاحقة يجب فهمها وتوجيهها وفقاً لمعطيات وروح الدفاع الاجتماعي .

كل ما ذكر في هذه الفقرة لا يمنع القاضي الذي يطبق الشريعة الإسلامية من الأخذ بها ، فلا خلاف أن من خصائص التعزير أنه مقدر وأمره متروك للإمام بحسب حالة المجرم وبحسب كل جريمة وهو بحسب المصلحة وعلى قدر الجريمة . ويجتهد فيه ولي الأمر ولا حد لأكثره ، وقد يزيد الإمام فيه من الحد إذا رأى المصلحة العامة في ذلك .

روي أن معن بن زائدة عمل خاتماً على نقش خاتم بيت المال ، ثم جاء به لصاحب بيت المال فأخذ منه مالا . فبلغ عمر ذلك فضربه مائة وحبسه . فكُلِّم فيه ، فضربه مائة أخرى ، فكلم فيه فضربه مائة ونفاه .

كما أن علياً ضرب النجاشي الشاعر عندما شرب الخمر في رمضان الحد ثم ضربه عشرين أخرى تعزيراً « لفطره في رمضان » .

إلى غير ذلك مما ذكر في هذا البحث .

* * *

خاتمة

بعد أن استعرضنا المقدمة التاريخية لمختلف المذاهب في المسئولية الجنائية ونظرية الدفاع الاجتماعي بأجنحتها المختلفة كما استحدثها فقهاء الغرب ، سواء المتطرفة كما ابتدعها « جراماتيكا » أم ما أدخله عليها « مارك أنسل » من تهذيب وتخفيف، وما رأينا من مماثلة هذه النظرية في مبادئها الأربعة مع الأفكار التي تسود في الفقه الجنائي الإسلامي — وبين مناقشة برنامج الحد الأدنى المعلن عنه نستطيع أن نقول إنه : —

بالنسبة للحدود

لما كانت جرائم الحدود تهدد كيان النظام العام في الدولة ، فقد نبه الشارع مراراً على إقامة الحدود مبيناً خطرها .

قال صلى الله عليه وسلم فيما روى البخاري والترمذي عن النعمان بن بشير رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « مثل القائم في حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا « اقترعوا » على سفينة فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها ، فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم ، فقالوا : لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا ، فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً ، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً ».

وقال أبو يوسف : حدثني الحسن بن عمارة عن جرير بن زيد قال : سمعت أبا زرعة بن عمر بن جرير يحدث أنه سمع أبا هريرة يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : حد يعمل به في الأرض خير لأهل الأرض من أن يمطروا ثلاثين صباحاً .

كما ورد عن الترمذي عن عائشة : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود » .

كما أن المشرع قد خرج عن القواعد العامة للإثبات فيها عن الأمـــور الآتية : ـــ

أ ـــ لا يؤخذ فيها المقر بإقراره .
ب ـــ لا تقبل فيها إلا شهادة الرجال .
جـ ـــ الحدود تدرأ بالشبهات .
د ـــ لا تقام بشهادة الإمام .
هـ ـــ مطلوب فيها الستر على الجاني .

* * *

أ ـــ لا يؤخذ فيها المقر بإقراره :

الأصل أن المقر يؤخذ بإقراره إلا في الحدود ففيها تفصيل .

تكرار الإقرار :

قال أبو يوسف : ومن أتى فأقر عنده بالزنا فلا ينبغي له أن يقبل منه قوله حتى يرده ، فإذا أتاه فأقر عنده أربع مرات . كل مرة يرده فيها ولا يقبل منه سأل عنه : هل به لمم ؟ هل به جنون ؟ هل في عقله شيء ينكر ؟ فإذا لم يكن به شيء من ذلك فقد وجب عليه الحد .

وقد حدثنا محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنه ، قال : جاء ماعز بن مالك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال :

إني زنيت ، فأعرض عنه ، حتى أتاه أربع مرات ، فأمر به فرجم ، فلما أصابته الحجارة أدبر يشتد ، فلقيه رجل بيده لحى جمل فضربه به فصرعه ، فذكر للنبي فراره حين مسته الحجارة فقال : هلا تركتموه .

كما يستحب أن يوحي للمتهم بعدم الإقرار .

روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أُتي برجل فقيل : هذا سرق شملة ،

فقال عليه الصلاة والسلام : « ما أخاله سارقاً » وحدثنا سفيان بن عيينة عن يزيد بن حصيفة عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان أن رجلاً سرق شملة فرفع الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : « ما أخاله سرق ، أسرقت ؟ ».

روي في سنن النسائي من حديث الأوزاعي قال : حدث أبو أمامة ، أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله أصبت حداً فأقمه عليّ ، فأعرض عنه ، ثم قال : يا رسول الله إني أصبت حدا فأقمه عليّ ، فأعرض عنه ، فأقيمت الصلاة ، فلما سلم رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : يا رسول الله إني أصبت حدا فأقمه عليّ ،قال: هل توضأت حين أقبلت ؟ قال نعم ، قال : هل صليت معنا حين صلينا ؟ قال نعم ، قال : اذهب فإن الله قد عفا عنك .

وفي لفظ « إن الله قد غفر لك ذنبك ، أو حدك » .

ومن تراجم النسائي على هذا الحديث « من اعترف بحد ولم يسمه ، وللناس فيه ثلاث مسالك ، هذا أحدها ، والثاني أنه خاص بذلك الرجل ، والثالث سقوط الحد بالتوبة قبل القدرة عليه ، وهذا أصح المسالك »[1] .

العدول عن الإقرار :

ومن أقر بسرقة يجب فيها القطع أو بشرب خمر أو بزنا فأمر الإمام بقطع يده أو بجلده أو برجمه ، فرجع عن الإقرار قبل أن يفعل ذلك به درىء عنه الحد ويخلى سبيله ، وهذا عند الحنفية وأحمد بن حنبل ، وقال الشافعي وهو قول ابن أبي ليلى: إن الحد يقام عليه لأنه وجب عليه بإقراره فلا يبطل برجوعه وإنكاره .

وعن مالك روايتان في قبول رجوعه .

أما إذا أقر المتهم بحق من حقوق الناس من قذف أو قصاص في نفس

---

(١) انظر ص ٢٢ جزء ٣ أعلام الموقعين .

أو ما دونها أو مال ثم رجع عن ذلك نفذ عليه الحكم فيما كان أقر به ولم يبطل شيء من ذلك عنه برجوعه .

ب ــ لا تقبل فيها إلا شهادة الرجال :

رأى جمهور الفقهاء أنه لا تقبل في الشهادة على الحدود إلا شهادة الرجال ، وإن شهادة النساء غير مقبولة لحديث الزهري : قال : مضت السنة من لدن رسول الله والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في حد الزنا .

وروي عن عطاء وحماد أنه يقبل في الزنا شهادة ثلاثة رجال وامرأتين ، ولكن الجمهور على أن هذا شذوذ لا يعول عليه ، لأن لفظ الأربعة اسم لعدد المذكرين ، ويقتضي أن يكتفى فيه بأربعة ، ولا خلاف في أن أربعة إذا كان بعضهم نساء لا يكتفى بهم .

وعند الشيعة تجوز الشهادة في الزنا بثلاثة رجال وامرأتين ، ولو شهد رجلان وأربع نساء يثبت بهم الجلد لا الرجم ، ولا تقبل شهادة النساء منفردات عندهم .

أما في حد القذف فقد اختلف في مذهب مالك : هل يثبت بشهادة النساء ؟

وعند أهل الظاهر : تقبل الشهادة إذا كان معهن رجل وكان النساء أكثر من واحدة . (١)

جـ ــ الحدود تدرأ بالشبهات :

نظراً لأن الحدود عقوبات شديدة فقد احتاط الشارع لإثباتها على المتهم ، وخرج بذلك على قواعده العامة في الإثبات ، ووضع قاعدة رئيسية هامة هي : درء الحدود بالشبهات .

---

(١) انظر ص ٢٩٢ الحلي الشيعي . وانظر ص ٢١٩ جزء ٣ ابن عابدين . وانظر ص ٣٨٨ ، ٣٧٠ بداية المجتهد جزء ٢ لابن رشيد .

قال صلى الله عليه وسلم : ادرءوا الحدود بالشبهات ، أخرجه ابن عدي ، في جزء له من حديث ابن عباس .

وأخرج ابن ماجه من حديث أبي هريرة : ادفعوا الحدود ما استطعتم .

وأخرج الترمذي والحاكم والبيهقي وغيرهم من حديث عائشة : ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً ، فخلوا سبيله ، فإن الإمام لئن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة . وأخرجه البيهقي عن عمر ، وعقبة بن عامر ، ومعاذ بن جبل موقوفاً .

والشبهة تسقط الحد سواء كانت في الفاعل ، كمن وطىء امرأة ظنها حليلته أو في المحل ، بأن يكون للواطىء فيها ملك أو شبهة . كالأمة المشتركة والمكاتبة . أو في الطريق بأن يكون حلالاً عند قوم ، حراماً عند آخرين ، كنكاح المتعة ، والنكاح بلا ولي أو بلا شهود ، وكل نكاح مختلف فيه ، وشرب الخمر للتداوي . وإن كان الأصح تحريمه لشبهة الخلاف .

وكذا يسقط الحد بقذف من شهد أربعة بزناها ، وأربع أنها عذراء لاحتمال صدق بينة الزنا ، وأنها عذراء لم تزل بكارتها بالزنا وسقط عنها الحد لشبهة الشهادة بالبكارة .

ولا قطع بسرقة مال أصله ، وفرعه وسيده ، لشبهته استحقاق النفقة وسرقة ما ظنه ملكه ، أو ملك أبيه أو ابنه .

ويسقط القصاص أيضاً بالشبهة ، فلو قتل الحر المسلم من لا يدري أمسلم أو كافر حربي فلا قصاص للشبهة .

أما الشبهة فلا تسقط التعزير ولكنها تسقط الكفارة ، فلو جامع ناسياً في الصوم أو الحج فلا كفارة للشبهة .

وكذا لو وطىء في رمضان على ظن أن الشمس غربت أو أن الليل باق وبان خلافه فإنه يفطر ولا كفارة .

قال القفال [١] ولا تسقط الفدية بالشبهة لأنها تضمنت غرامة بخلاف الكفارة فإنها تضمنت عقوبة. فالتحقت في الإسقاط بالحد، وتسقط الإثم والتحريم، إن كانت في الفاعل دون المحل [٢].

ولابن حزم رأي مؤداه: أن الحدود لا يحل أن تدرأ بشبهة ولا أن تقام بشبهة، وإنما هو الحق لله تعالى ولا مزيد، فإن لم يثبت الحد لم يحل أن يقام بشبهة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام [٣].

د ـ لا تقام بشهادة الإمام:

إذا رأى الإمام أو حاكمه رجلاً قد سرق أو شرب خمراً أو زنى فلا ينبغي أن يقيم عليه الحد برؤيته لذلك حتى تقوم به عنده بينة، وهذا استحسان، والقياس أنه يمضي عليه ذلك.

وقد ورد في بعض كتب الحنفية:

---

(١) هو محمد بن علي بن اسماعيل الشاشي القفال، أبو بكر: من أكابر علماء عصره بالفقه والحديث واللغة والأدب. من أهل ما وراء النهر. وهو أول من صنف الجدل الحسن من الفقهاء. وعنه انتشر مذهب الشافعي في بلاده. مولده في سنة ٩٠٤ م ووفاته سنة ٩٧٦ م في الشاش وراء نهر سيحون رحل إلى خراسان والعراق والحجاز والشام. من كتبه أصول الفقه، ومحاسن الشريعة، وشرح رسالة الشافعي. انظر الأعلام للزركلي ص ١٥٩ — جزء ٧.

(٢) انظر ص ١٣٧ الاشتباه والنظائر للسيوطي.

(٣) رد ابن عابدين على الظاهرية بقوله:
والجواب أن حديث صلى الله عليه وسلم له حكم الرفع لأن إسقاط الواجب بعد ثبوته بالشبهة خلاف مقتضى العقل — وأيضا في إجماع فقهاء الأمصار على الحكم المذكور كفاية، ولذا قال بعضهم إن الحديث متفق عليه وأيضا تلقته الأمة بالقبول وفي تتبع المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن أصحابه من تلقين ماعز وغيره الرجوع احتيالا للدرء بعد الثبوت ما يفيد القطع بثبوت الحكم.
انظر ابن عابدين ص ٢٣١ جزء ٣.

واعلم أن علم القاضي ليس بحجة في الحدود ، بإجماع الصحابة . كذا في الكافي وذكر في النهاية ، نقلاً عن الذخيرة أن علم القاضي ليس بحجة في حد السرقة وفي حد الشرب وكذا حد الزنا ، بل لا بد أن يثبت عند الإمام بالبينة أو الإقرار كذا في الهداية .

روي أن عمر بن الخطاب في أيام خلافته رأى رجلاً وامرأة على فاحشة فجمع الناس وقام فيهم خطيباً وقال : ما قولكم إذا رأى أمير المؤمنين رجلاً وامرأة على فاحشة ؟ فقام علي بن أبي طالب وأجابه بقوله : يأتي أمير المؤمنين بأربعة شهداء ، أو يجلد حد القذف ، ويصبح ساقط الشهادة إذا صرح باسمي من رآهما شأنه في ذلك شأن سائر المسلمين . فسكت عمر ولم يعين شخصي من رآهما .

وروي هذا أيضاً عن أبي بكر الصديق وبه قال مالك وأصحاب الرأي وهو أحد قولي الشافعي .

وقال في القول الآخر : له إقامته بعلمه وهو قول أبي ثور ، لأنه إذا جازت له إقامته بالبينة والاعتراف الذي لا يفيد إلا الظن فيما يفيد العلم أولى [1] .

هـ ــ مطلوب في الحدود الستر على الجاني :

١ ــ أخرج الموطأ عن سعيد بن المسيب رحمه الله قال : بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من أسلم يقال له : « هزال » . وقد جاء يشكو رجلاً بالزنا ، وذلك قبل أن ينزل : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم «يا هزال: لو سترته بردائك كان خيراً لك ».

٢ ــ وروى الترمذي في جامعه : عن عبدالله بن عمر عن أبيه أن رسول

---

(١) انظر ص ٢١٤ المغني جزء ٨ .

الله صلى الله عليه وسلم قال : المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ، ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ، ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله بها عنه كربة من كرب يوم القيامة ، ومن ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة .

٣ — وحدث مالك عن يحيى بن سعيد بن المسيب أن رجلاً من أسلم جاء إلى أبي بكر الصديق فقال له : ان الآخر زنى فقال له أبو بكر : هل ذكرت هذا لأحد غيري . فقال : لا . فقال له أبو بكر فتب إلى الله واستتر بستر الله فإن الله يقبل التوبة عن عباده . إلى آخر ما جاء في الحديث .

٤ — كما حدث مالك عن زيد بن أسلم أن رجلاً اعترف على نفسه بالزنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فدعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسوط ، فأتي بسوط مكسور فقال : فوق هذا ، فأتي بسوط جديد لم تقطع ثمرته فقال دون هذا ، فأتي بسوط قد ركب به ولان ، فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فجلد ثم قال : أيها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله ، من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله فإنه من يبد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله .

قال الكمال بن الهمام :

وإذا كان الستر مندوباً إليه ، ينبغي أن تكون الشهادة بالحد خلاف الأولى التي مرجعها إلى كراهة التنزيه لأنها في رتبة الندب في جانب الفعل وكراهة التنزيه في جانب الترك ، وهذا يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به ، أما إذا وصل الحال إلى إشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما امتحن به ، فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لأن مطلوب الشارع إخلاء الأرض من المعاصي والفواحش بالعقوبات المفيدة لذلك ، وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين وبالزجر لهم ، فإذا ظهر حال الشره في الزنا مثلاً والشرب وعدم المبالاة به وإشاعته ، فإخلاء الأرض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ، فمن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للإخلاء وهو

الحدود ، بخلاف من زنا مرة أو مراراً مستتراً متخوفاً متندماً عليه فإنه محل استحباب ستر الشاهد [1] .

ولما كان الله تعالى يحب الستر على عباده وإلى ذلك ندب ، وذم من أحب أن تشيع الفاحشة ، فلتحقيق معنى السّتر شرط زيادة العدد في الشهود في حد الزنا — وإلى ذلك أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله لهلال بن أمية : « ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك وإلا فحد في ظهرك » — وإليه أشار عمر رضي الله عنه حين شهد عنده أبو بكرة وشبل بن معبد ونافع بن الأزرق على المغيرة بن شعبة بالزنا فقال لزياد وهو الرابع بم تشهد ؟ فقال : أنا رأيت أقداماً بادية وأنفاساً عالية وأمراً منكراً . فقال عمر : الله أكبر . الحمد لله الذي لم يفضح واحداً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم — ولما لم يكمل نصابهم في الشهادة على الزنا حدهم عمر قياساً على القاذف ولم يكونوا قذفة بل شهوداً .

ففي هذا بيان اشتراط الأربعة لإبقاء ستر العفة [2] .

وقال ابن حزم :

إن الستر لا يخلو من أحد وجهين لا ثالث لهما :

إما يستره ويستر عليه في ظلم يطلب به المسلم . فهذا فرض واجب وليس هذا مندوباً إليه .

أن يكون في الذنب يصيبه المسلم ما بينه وبين ربه تعالى . ولم يقل أحد من بين أهل الإسلام بإباحة السّتر على مسلم في ظُلم ظَلم به مسلماً كمن أخذ مال مسلم بحرابه واطلع عليه إنسان أو غصبه امرأته أو سرق حراً وما أشبه . فهذا فرض على كل مسلم أن يقوم به حتى يرد الظلامات إلى أهلها .

---

(١) انظر ص ١٦٤ حاشية الشلبي على الزيلعي جزء ٣.
(٢) انظر ص ٣٨ جزء ٩ المبسوط ، وانظر ص ٢١٥ جزء أول أعلام الموقعين .

فالظاهر من الحديث أن للإنسان أن يستر على المسلم يراه على حد بهذا الخبر ما لم يسأل عن تلك الشهادة نفسها . فإن سئل عنها ففرض عليه إقامتها وأن لا يكتمها فإن كتمها حينئذ فهو عاص لله تعالى [1] .

قال الشافعي رحمه الله : أخبرنا سفيان بن عيينة عن ابن شهاب عن أبي إدريس عن عبادة بن الصامت قال : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في مجلس فقال : بايعوني على أن لا تشركوا بالله شيئاً — وقرأ عليهم الآية — فمن وفى منكم فأجره على الله ومن أصاب من ذلك شيئاً فعوقب فهو كفارة له ، ومن أصاب من ذلك شيئاً فستره الله عليه فهو إلى الله عز وجل إن شاء غفر له وإن شاء عذبه .

قال الشافعي : ولم أسمع في الحدود حديثاً أبين من هذا : وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : «وما يدريك ؟ لعل الحدود نزلت كفارة للذنوب » ، وهو يشبه هذا وهو أبين منه . وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث معروف عندنا وهو غير متصل الإسناد فيما أعرف ، وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من أصاب منكم من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله فإنه من يُبْدِ لنا صفحته نقم عليه كتاب الله عز وجل .

قال : وروي أن أبا بكر أمر رجلاً في زمان النبي صلى الله عليه وسلم أصاب حداً بالاستتار ، وأن عمر أمره به و هذا حديث صحيح عنهما .

قال الشافعي : ونحن نحب لمن أصاب الحد أن يستتر وأن يتقي الله عز وجل ولا يعود لمعصية الله فإن الله عز وجل يقبل التوبة عن عباده [2] .

ورد في ابن عابدين :

في البحر عن الظهيرية : رجل أتى بفاحشة ثم تاب وأناب إلى الله تعالى

(١) انظر ص ١٧٦ جزء ١١ المحلى لابن حزم .

(٢) انظر ص ١٣٨ جزء ٦ الأم .

فإنه لا يُعلم القاضي بفاحشته لإقامة الحد عليه لأن الستر مندوب إليه .

وفي شرح الأشباه للبيري عن الجواهر : رجل شرب الخمر وزنا ثم تاب ولم يحد في الدنيا هل يحد له في الآخرة ؟

قال : الحدود حقوق الله تعالى إلا أنه تعلق بها حق الناس وهو الانزجار فإذا تاب توبة نصوحاً أرجو أن لا يحد في الآخرة فإنه لا يكون أكثر من الكفر والردة وأنه يزول بالإسلام والتوبة [1] .

كما ورد عن ابن القيم في كتابه « أعلام الموقعين » .

« وأما اكتفاؤه في القتل بشاهدين دون الزنا ففي غاية الحكمة والمصلحة ، فإن الشارع احتاط للقصاص والدماء واحتاط لحد الزنا ، فلو لم يقبل في القتل إلا أربعة لضاعت الدماء، وتواثب العادون ، وتجرءوا على القتل ، وأما الزنا فإنه بالغ في ستره كما قدر الله ستره ، فاجتمع على ستره شرع الله وقدره ، فلم يقبل فيه إلا أربعة يصفون الفعل وصف مشاهدة ينتفي معها الاحتمال، وكذلك في الإقرار ، لم يكتف بأقل من أربع مرات حرصاً على ستر ما قدر الله ستره ، وكره إظهاره ، والتكلم به ، وتوعد من يحب إشاعته في المؤمنين بالعذاب الأليم في الدنيا والآخرة [2] .

كذلك لا يقبل في الحدود العفو ولا الشفاعة ولا يجوز فيها الصلح .

أخرج الموطأ عن سعيد بن المسيب قال : ما من شيء إلا والله يحب أن يعفى عنه ما لم يكن حداً عن عباده .

وهناك نصوص ظاهرها العفو عن الحد منها :

أن عمر بن الخطاب أتي بامرأة زنت فأمر برجمها ، فقال علي رضي الله عنه : لعل بها عذراً ثم قال لها : ما حملك على الزنا . قالت : كان لي خليط

(١) انظر ص ٢١٦ جزء ٣ ابن عابدين .

(٢) انظر ص ٦٥ جزء ٢ .

وفي إبله ماء ولبن ، ولم يكن في إبلي ماء ولا لبن فظمئت فاستسقيته فأبى أن يسقيني حتى أعطيه نفسي ، فأبيت عليه ثلاثا ، فلما ظمئت وظننت أن نفسي ستخرج أعطيته الذي أراد فسقاني . قال علي : الله أكبر « فمن اضطر غير باغ ولا عادٍ فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم . »

وفي السنن للبيهقي عن أبي عبد الرحمن السلمي : أُتي عمر بامرأة أجهدها العطش فمرت على راع فاستسقت فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها ، ففعلت ، فشاور الناس في رجمها ، فقال علي : هذه مضطرة أرى أن يخلى سبيلها ، ففعل .

إلا أننا نرى أن الجريمة في هذه الحالة تدخل تحت حالة الإكراه وهي تعدم المسئولية لأن الإكراه يعدم الإرادة وبالتالي ينفي المسئولية في هذه الجريمة .

ورد في بدائع الصنائع :

ولو كان الإكراه بالإجاعة بأن قال لتفعلن كذا وإلا لأجيعنك ، لا يحل له أن يفعل حتى يجيئه من الجوع ما يخاف منه تلف النفس أو العضو لأن الضرورة لا تتحقق إلا في تلك الحالة [1] .

ورد في ابن عابدين .

قلت : الظاهر في وجه الفرق أن الإكراه لا يخرج الفعل عن كونه زنا وإنما هو عذر مسقط للحد وإن لم يسقط الإثم كما يسقط القصاص بالإكراه على القتل دون الإثم — فلا يقبل قوله بمجرد دعواه بخلاف دعواه شبهة من الشبه الثلاث لأنه ينكر السبب الموجب للحد ، فإن دعواه أنه تزوجها أو أنها أمة ولده إنكار للوطء الخالي عن الملك وشبهته فلذا قبل قوله بلا برهان— والظاهر أن لزوم البرهان على الإكراه خاص بما إذا ثبت زناه بالبينة لا بإقراره [2] .

---

(١) انظر ص ١٧٦ بدائع الصنائع جزء٧ ، وانظر مؤلفنا المسئولية الجنائية في الفقه الإسلامي ص ١٩٥ وما بعدها .

(٢) انظر ص ٢٣٢ جزء ٣ ابن عابدين .

حد القذف :

ورد في باب حد القذف في كتابي « الأحكام السلطانية » للماوردي وللقاضي أبي يعلى أن حد القذف بالزنا ثمانون جلدة ، ورد النص بها واتفق الإجماع عليها لا يزاد ولا ينقص منها .

وهو من حقوق الآدميين يستحق بالطلب ويسقط بالعفو .

ورد في المنتقى شرح الموطأ :

وقد قال عمر بن عبد العزيز فيمن افترى عليه : إن عفا فأجز عفوه في نفسه ، يريد أن العفو بعد بلوغ الإمام جائز ، وقد اختلف قول مالك في غير الأب ففي المدونة عن ابن القاسم : كان مالك يجيز العفو بعد أن يبلغ الإمام ، كما روي عن عمر بن عبد العزيز . وقال في كتاب « ابن المواز » وإن لم يرد ستراً قال : ثم رجع مالك فلم يجزه عند الإمام إلا أن يريد ستراً .

وجه القول الأول أنه حق من حقوق المقذوف يجوز له العفو عنه قبل بلوغ الإمام فكان له العفو عنه بعد بلوغ الإمام كالديون والقصاص .

ووجه القول الثاني أن لله فيه حقاً ، وما تعلق به حق الله تعالى لم يجز العفو عنه بعد بلوغ الإمام كالقطع في السرقة .

وأما العفو قبل بلوغ الإمام فجائز عند مالك ، رواه عنه ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم ، وروى عنه أشهب أن ذلك ليس بلازم وله القيام به متى شاء إلا أن يريد به ستراً وقاله ابن شهاب .

ووجه القول الأول أنه حق لمخلوق لم يبلغ الإمام فلزم العفو عنه لأنه لم يتعلق به حق الله تعالى وإنما يتعلق به بالقيام عند الإمام .

ووجه القول الثاني أنه حق لله يجوز القيام به ولا يلزم العفو فيه بعد بلوغ الإمام فلم يكن قبل بلوغه كحد الزنا (١) .

---

(١) انظر ص ١٤٨ جزء ٧ .

فما يجب بالقذف من الحد أو التعزير بالأذى فهو حق للمقذوف يستوفى إذا طلب به ويسقط إذا عفا عنه، والدليل: ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أيعجز أحدكم أن يكون كأبي ضمضم ، كان يقول: تصدقت بعرضي. والتصدق بالعرض لا يكون إلا بالعفو عما يجب له، ولأنه لا خلاف أنه لا يستوفى إلا بمطالبته فكان له العفو كالقصاص وإن قال لغيره: اقذفني فقذفه ففيه وجهان .

لا يقبل في الحدود الشفاعة ولا الصلح

وقد فصل ذلك القاضي أبو يوسف تفصيلاً جيداً قال : —

لا يحل للإمام أن يحابي في الحد أحداً ولا تزيله عند شفاعة ، ولا ينبغي له أن يخاف في ذلك لومة لائم، إلا أن يكون حد فيه شبهة، لما جاء في ذلك من الآثار عن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم والتابعين قولهم :

« لا يحل لمسلم أن يشفع إلى إمام في حد قد وجب وتبين » .

فأما قبل أن يرفع ذلك إلى الإمام فقد رخص فيه أكثر الفقهاء ، ولم يختلفوا في توقي الشفاعة فيه بعد رفعه إلى الإمام .

وقال : حدثنا هشام بن عروة عن الفرافصة الحنفي قال : مروا على الزبير بسارق فشفع فيه ، فقالوا له : أتشفع في حد ؟ قال: نعم ، ما لم يؤت به الإمام فلا عفا الله عنه ، إن عفا عنه [1] .

---

(١) أخرج الموطأ عن الزبير بن العوام رواية مشابهة . وانظر ص ٢١٦ جزء ٣ ابن عابدين : وأما قبل الوصول إلى الحاكم والثبوت عنده فتجوز الشفاعة عند الرافع له إلى الحاكم ليطلقه لأن وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت فالوجوب لا يثبت بمجرد الفعل بل على الإمام عند الثبوت عنده كذا في الفتح ، وظاهره جواز الشفاعة بعد الوصول للحاكم قبل الثبوت عنده .

وحدثني هشام بن سعيد عن أبي حازم : أن عليا رضي الله عنه شفع في سارق ، فقيل له : أتشفع في سارق ؟ قال : نعم ما لم يبلغ به الإمام ، فإذا بلغ به الإمام فلا أعفاه الله إن عفا .

وقال : وقد رأيت غير واحد من فقهائنا يكره الشفاعة في الحد ألبتة ويتوقاه ، ويحتج في ذلك بما قال ابن عمر : من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضادّ الله في خلقه [1] .

وقال : حدثني محمد بن إسحاق عن محمد بن طلحة عن أبيه عن عائشة ابنة مسعود عن أبيها قالت : سرقت امرأة من قريش قطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فتحدث الناس أن رسول الله عزم على قطع يدها ، فأعظم الناس ذلك ، فجئنا النبي صلى الله عليه وسلم نكلمه وقلنا : نحن نفديها بأربعين أوقية . فقال :

تطهر خير لها . فلما سمعنا لين قول الرسول : أتينا أسامة قلنا : كلم رسول الله . فكلمه ، فقام رسول الله خطيباً فقال : ما إكثاركم عليّ في حد من حدود الله وقع على أمة من إماء الله ، والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد نزلت بمثل الذي نزلت به لقطع محمد يدها . قال : وقال النبي : يا أسامة لا تشفع في حد .

وعن مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن عبد الله بن صفوان أن صفوان بن أمية قيل له : إنه إن لم يهاجر هلك. فقدم صفوان بن أمية المدينة فنام في المسجد وتوسد رداءه فجاء سارق فأخذ رداءه فأخذ صفوان السارق فجاء به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم . فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تقطع يده . فقال له صفوان إني لم أرد هذا يا رسول الله ، هو عليه صدقة . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فهلا قبل أن تأتيني به [2] .

---

(١) رواية أبي داود عن يحي بن راشد عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .
(٢) انظر ص ١٦٣ جزء ٧ المنتقى شرح الموطأ للباجي .

وقد أخرج هذا الحديث الموطأ ولأبي داود والنسائي ونحوه .

نتيجة :

من كل ما تقدم نستطيع أن نقرر بصراحة أن الحدود مستبعدة من إطار نظرية الدفاع الاجتماعي .

ذلك أنه إذا ارتكب الشخص حـــدا من الحدود كالسرقة الصغرى أو الكبرى أو الزنا أو القذف أو شرب الخمر ، فإنه يعاقب بالعقوبة التي وردت بها النصوص .

فإذا ثبتت جريمة منها بأركانها القانونية على متهم معين يجب توقيع العقوبة عليه ولا عبرة بظروفه المختلفة .

والقاضي ليس مخيراً فيما يوقع من عقاب كما هو الحال في التعزير ، وإنما يوقع العقوبة المنصوص عليها .

بالنسبة للقصاص والدية

أوجب المشرع القصاص لشفاء صدور الأولياء ، وللزجر عما كان عليه أهـــل الجاهلية من إفناء قبيلة بواحد ، لا لأنهم كانوا يأخذون أموالا كثيرة عند قتل واحد منهم ، بل أن القاتل وأهله لو بذلوا ما ملكوه وأمثاله ما رضي به أولياء المقتول فكان تقديم المال في مقابلة القتل العمد يضيع حكمة القصاص ، لذلك شرع الله القصاص .

وفي القصاص حياة للأفراد وللمجتمع ، فمن علم أنه إن قتل يقتل امتنع عن القتل . قال الله تعالى : « ولكم في القصاص حياة » .

قال الشعبي وقتادة في جماعة من التابعين : إنها نزلت فيمن كان من

العرب لا يرضى أن يأخذ بعبد إلا حراً ، وبوضيع إلا شريفاً ، وبامرأة إلا رجلاً ذكراً ، ويقولون : القتل أنفى للقتل ، فردهم الله عز وجل عن ذلك إلى القصاص وهو المساواة مع استيفاء الحق . فقال : « كتب عليكم القصاص في القتلى » .

وقد قال العلماء : كتب يعني فرض وألزم ، إذا أراد الوالي استيفاء القصاص .

وكقوله تعالى : « كتب عليكم الصيام » و « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين » .

كما قال البعض ، منهم أبو حنيفة : كتب عليكم القصاص في القتلى ، هو كلام عام مستقل بنفسه .

وقال سائرهم منهم مالك والشافعي : لا يتم الكلام ها هنا ، وإنما ينقضي عند قوله تعالى : والأنثى بالأنثى ، وهو تفسير له وتتميم لمعناه [1] .

وقد روى البخاري والنسائي والدارقطني عن ابن عباس قال : كان في بني إسرائيل القصاص ولم تكن فيهم الدية ، فقال الله لهذه الأمة : « كتب عليكم القصاص في القتلى ، الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ، فمن عفي له من أخيه شيء (فالعفو أن يقبل الدية في العمد) فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان « يتبع بالمعروف ويؤدي بإحسان » ذلك تخفيف من ربكم ورحمة « مما كتب على من كان قبلكم » « فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم» (قتل بعد قبول الدية) هذا لفظ البخاري .

وقال الشعبي في قوله تعالى : « الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى » أنزلت في قبيلتين من قبائل العرب اقتتلتا . فقالوا : نقتل بعبدنا فلان ابن فلان ، وبأمتنا فلانه بنت فلان ، ونحوه عن قتادة [2] .

---

(١) انظر ص ٦١ جزء ١ ابن العربي .

(٢) انظر ص ٢٢٧ جزء ٢ القرطبي .

ولكن ، كيف تكون جريمة القتل وهي أخطر الجرائم على كيان أي مجتمع ، ومبعث الفوضى والاضطراب فيه ، كيف تكون هذه الجريمة خاصة بينما كان يجب أن يكون لها شأن غير ذلك ؟

هل كان ذلك لحكمة دينية أم لحكمة سياسية ؟؟

وهل استمرت هذه الخاصية حتى ترعرع الإسلام واتسعت الدولة ؟؟

من دراستنا التاريخية السابقة تلمسنا ما كان للثأر من تأصل فكري لديهم ، وهم عرب كل بضاعتهم الشجاعة والفخار بالأصل وقول الشعر وتأصيل النسب ، فلم يكن من السهل على أي مصلح أن يسرع باجتثاث المساوىء والعيوب دفعة واحدة ، والشواهد على هذا في الإسلام كثيرة . فشرب الخمر لم يحرم دفعة واحدة وإنما حرم على دفعات ، والقذف لم يحرم إلا بعد ما استدعى الأمر ذلك .

ومن يتوسع في دراسة تاريخ العرب قبل الإسلام يرى ما كان للثأر عندهم من قدسية تنطق بها أشعارهم . وكيف كان الانتقام واسع النطاق قد يثمر حروباً تستطيل إلى عشرات السنين تمتد إلى الجاني ومن لا ذنب له ، فلم يكن أمام أي مصلح أن ينص في مبدأ الأمر على أن تتولى الدولة الاقتصاص من الجاني ، خاصة وفي مبدأ الأمر لم تكن هناك حكومة بالمعنى المفهوم تنظم شئون الدولة ؛ ومن ينظر إلى تسلسل ورود آيات في القرآن في موضوع القصاص يثبت له هذا بيقين .

فجميع السور التي وردت في موضوع القصاص وردت في المدينة : الآية ٣٣ من سورة الإسراء . والآية ٣٢ من سورة المائدة . والآيتان ١٧٨ ، ١٧٩ من سورة البقرة ، والآية ١٩٤ من سورة البقرة .

فسياسة المشرع في هذا الموضوع وغيره من مختلف المواضيع كانت أخذ الناس بالرفق وعدم مفاجأتهم بتحريم المباحات دفعة واحدة ، بل التسلسل

والتدرج في ذلك حتى تتقبل النفوس الأوضاع الجديدة ، وهذه سياسة المشرع الحكيم .

ومع ذلك فجميع النصوص التي لدينا لا تقطع بأن هذه الجريمة خاصة .

ورد في القرطبي ص ٢٤٥ جزء ٢ :

المسألة الرابعة : لا خلاف أن القصاص في القتل لا يقيمه إلا أولو الأمر فرض عليهم النهوض بالقصاص وإقامة الحدود وغير ذلك لأن الله سبحانه طالب جميع المؤمنين بالقصاص ، ثم لا يتهيأ للمؤمنين جميعاً أن يجتمعوا على القصاص فأقاموا السلطان مقام أنفسهم في إقامة القصاص وغيره من الحدود .

وورد في القرطبي ص ٢٥٥ جزء ١٠ :

قال الطبري في قراءة فلا (تسرف) في القتل بالتاء :

هو على معنى الخطاب للنبي صلى الله عليه وسلم والأئمة من بعده ، أي لا تقتلوا غير القاتل .

وورد في حاشية الصاوي على الجلالين ص ٢٧٣ جزء ٢ :

« قوله تسليطاً على القاتل » أي فحيث ثبت عمداً عدواناً وجب على الحاكم الشرعي أن يمكن ولي المقتول من القاتل فيفعل فيه الحاكم ما يختاره الولي من القتل أو العفو أو الدية ، ولا يجوز للولي التسلط على القاتل من غير إذن الحاكم لأن فيه فساداً وتخريباً .

واضح من هذه النصوص جميعها أن الذي يتولى القصاص وينفذه ولي الأمر ، كما أنه إذا عفي عن القاتل عمداً فلا يزال حق الدولة ثابتاً قبله .

ورد في ص ٧٥ ، ٧٦ — من موطأ مالك الجزء الثالث :

« قال مالك في القاتل عمداً : إذا عفي عنه أنه يجلد مائة جلدة ويسجن سنة » .

وورد في الجزء الرابع ص ٢٥٥ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير :

وعلى القاتل عمداً البالغ إذا لم يقتل لعفو جلد مائة وحبس سنة ، واختلف في المقدم منهما فقيل الجلد وقيل الحبس ولم يشطروها بالرق لأنها عقوبة والرق والحد فيها سواء .

والجارح عمداً يؤدب وإن اقتص منه أو أخذت منه الدية في المتالف .

من هذه النصوص يتبين لنا أن السلطة العامة لا تزال مهيمنة على جرائم القتل العمد العدوان من ناحيتين [1] :

الأولى : أن الذي ينفذ القصاص هو ولي الأمر أو من يفوضه في ذلك وليس هو المجني عليه أو ولي الدم وإلا كان في ذلك فساد وتخريب ، وولي الأمر ينفذ ما يختاره المجني عليه من قتل أو عفو أو دية .

الثانية : إذا عفا ولي الدم عن الجاني فلا يسقط حق السلطة العامة فيعزر بالجلد مائة والسجن عاماً ، وبهذا قال مالك والليث وعمل به أهل المدينة وروي عن عمر بن الخطاب [2] .

فالمشرع الإسلامي كانت رغبته أكيدة في أن يلفت النظر إلى أن جريمة القتل جريمة عظيمة لا تخص المجني عليه أو عائلته وحدهما بل تخل بأمن المجتمع وكيانه قال تعالى :

---

(١) ورد في كتب الفقه اليهودي : ليس من اختصاص قضاة اليهود النظر في القضايا التي موضوعها جنايات واقعة على بدن الإنسان أو على عرضه وشرفه كالضرب والجروح والقذف والسب وما أشبه ذلك . ولكن لو حصل من هذه الجنايات ضرر للملك والمال فتكون من المسائل المالية الجائز لقضاة هذا الزمن النظر فيها ولو أنها ناشئة عن جنايات له . جزء سنهدرين من التلمود ص ٣ عمود أول – وراجع كتاب قيصوت هاموشن . (انظر سيفير مصؤوت قاطون . انظر كتاب المقارنات والمقابلات في شرع اليهود والشريعة الإسلامية) . فنظرة اليهودية مادية بحتة .

(٢) انظر ص ٣٣٨ بداية المجتهد جزء ٢ .

« من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً » .

فالفكرة السائدة ، وهي فكرة أن القصاص في الإسلام عقوبة خاصة ، فكرة خاطئة من حيث أساسها كما بينا ، فالنصوص واضحة في هذا الصدد وهي نصوص وشروح ترجع إلى عهود الإسلام الأولى لم يدخل عليها تغيير ولا تبديل [1] .

نتيجة :

بالنسبة للقصاص والدية نستطيع أن نقرر أنه يمكن لنظرية الدفاع الاجتماعي أن تنفذ من نافذة حق المجتمع الذي يوقع على الجاني .

فيمكن للقاضي حينئذ أن يطبق ما يشاء من التدابير الاحترازية أو العقوبات التي تقرها النظرية .

* * *

---

(١) ورد في بيان من يلي القصاص (السلطنة عند عدم الورثة والملك والولاء كاللقيط ونحوه إذا قتل ، وهذا قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله ليس للسلطان أن يستوفي اذا كان المقتول من أهل دار الإسلام وله أن يأخذ الدية وإن كان من أهل دار الحرب فله أن يستوفي القصاص وله أن يأخذ الدية . (وجه) قوله أن المقتول في دار الإسلام لا يخلو من ولي له عادة إلا أنه ربما لا يعرف وقيام ولاية الولي تمنع ولاية السلطان وبهذا لا يملك العفو بخلاف الحربي إذا دخل دار الإسلام فأسلم أن الظاهر أنه لا ولي له في دار الإسلام ولهما أن الكلام في قتيل لم يعرف له ولي عند الناس فكان وليه السلطان لقوله عليه الصلاة والسلام : « السلطان ولي من لا ولي له » وقد روي أنه لما قتل سيدنا عمر رضي الله عنه خرج الهرمزان والخنجر في يده فظن عبيد الله أن هذا الذي قتل سيدنا عمر رضي الله عنه فقتله فرفع ذلك إلى سيدنا عثمان رضي الله عنه فقال سيدنا علي رضي الله عنه لسيدنا عثمان اقتل عبيد الله فامتنع سيدنا عثمان رضي الله عنه وقال كيف أقتل رجلاً قتل أبوه أمس لا أفعل ولكن هذا رجل من أهل الأرض وأنا وليه أعفو عنه وأؤدي ديته وأراد «بقوله أعفو عنه وأؤدي ديته» الصلح على الدية. وللإمام أن يصالح على الدية الا أنه لا يملك العفو لأن القصاص حق المسلمين بدليل أن ميراثه لهم وإنما الإمام نائب عنهم في الإقامة ، وفي العفو إسقاط حقهم أصلا ورأسا وهذا لا يجوز ، ولهذا لا يملكه الأب والجد وإن كانا يملكان استيفاء القصاص وله أن يصالح على الدية كما فعل سيدنا عثمان (٢٤٥ بدائع الصنائع جزء ٧) .

بالنسبة للتعزير

تبيناً من هذه الدراسة أن التعزير فيه مرونة تسمح للقاضي بأن يطبق عقوبات مختلفة على عدد من المتهمين اشتركوا في جريمة واحدة وذلك بحسب حالة كل منهم في نفسه ، فقد يعنف أحدهم بالقول لأنه اشترك في الجريمة لأول مرة ، وقد يحبس آخر شهراً لأنه قد ثبت في حقه عنصر من عناصر التخفيف ، ويحبس الثالث سنة لأنه مجرم عائد ، وهكذا يشترك في الجرم كثيرون وتختلف عقوبة كل بحسب حالة الجاني في نفسه . وهذه هي النسخة الإسلامية لمبدأ تفريد العقاب الذي تحدثنا عنه في هذا البحث .

والتعزير هو الباب الطبيعي المفتوح الذي تتسلل منه نظرية الدفاع الاجتماعي بصورتها المعتدلة أو برنامج الحد الأدنى بمبادئه التي ذكرناها .

ويستطيع القاضي الذي يطبق الشريعـــة أن يوقع التدابير الاحترازية أو العقوبات التي تقول بها النظرية فيما يعرض عليه من قضايا التعزير ويكون بذلك في فلك الأحكام الشرعية .

* * *

وعلى ذلك نستطيع أن نقول إنه يمكن تطبيق مبادىء النظرية بالنسبة للقصاص وبالنسبة لجميع الجرائم التي يعزر فيها .

أما الحدود فتستبعد من دائرة تطبيق أحكام هذه النظرية لما لها من خصائص تأبى النتائج التي تقرها النظرية .

والحمد لله أولا وآخراً .

فهرست

صفحة

صفحة

الفصل الثاني

الموقف في الشريعة الإسلامية

المبحث الأول

أساس المسئولية الجنائية في الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني

إنسانية القانون الجنائي

صفحة

صفحة

المبحث الثالث

نظرية فردية العقاب

صحيفة

المبحث الرابع

فكرة التدابير الاحترازية واجراءات الأمن والوقاية

صفحة

صفحة

الفصل الثالث

برنامج الحد الأدنى

صفحة

خاتمة

